Sygn. akt: KIO 2669/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez odwołującego M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.C. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna TRAK - KOP w Kostomłotach Pierwszych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Skarżysko Kościelne przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego HYDROTERM Sp. z o.o. w Świętych i Inwestycje Liniowe „INVEST-LINE" Sp. z o.o. w Żurawicy

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.C. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna TRAK - KOP w Kostomłotach Pierwszych i:

2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 17 200,00 zł (siedemnaście tysięcy dwieście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2.zasądza od odwołującego M.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.C. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna TRAK - K O P w Kostomłotach Pierwszych na rzecz zamawiającego Gminy Skarżysko Kościelne 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2669/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Skarżysko Kościelne ul. Kościelna 2A, 26-115 Skarżysko Kościelne, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Kierz Niedźwiedzi – ETAP II", o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00352762/01, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 29 lipca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca M.C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.C. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna TRAK - K O P Kostomłoty Pierwsze, ul. Podmiejska 105, 26-085 Miedziana Góra (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 223 ust. 1 ustawy pzp poprzez wezwanie w dniu 18 lipca 2024 r. Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w formie oświadczenia, czy w złożonym wraz z ofertą kosztorysie w poz. 20 d.1.2 Konsorcjum wyceniło 4 przepompownie czy dwie kompletne przepompownie, podczas gdy z treści poz. 20 d. 1.2 kosztorysu wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że Konsorcjum zaoferowało dwa (a nie jeden, jak Zamawiający wymagał w przedmiarze robót) komplety przepompowni, co Zamawiający wprost przyznał w ww. wezwaniu, stwierdzając, że „Wykonawca w załączonym wraz z oferta kosztorysie podał cenę za dwa komplety.";

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy przedstawiony przez Konsorcjum kosztorys ofertowy, przewidujący montaż dwóch kompletów przepompowni sieciowych, jest niezgodny z warunkami zamówienia, ponieważ w Rozdziale XIV SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty" w ust. 9 Zamawiający wskazał, że „ilości robót muszą być zgodne z przedmiarem robót", który to przedmiar w poz. 2.9

przewidywał montaż tylko jednego kompletu przepompowni sieciowych.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a tym odrzucenie oferty konsorcjum HYDROTERM Sp. z o.o. w Świętych i Inwestycje Liniowe „INVEST-LINE" Sp. z o.o. w Żurawicy (dalej także jako „Konsorcjum"). Ponadto wniesiono o zamawiającego obciążenie kosztami postępowania i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 10.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający w Rozdziale XIV SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty" w ust. 9 wskazał m. in., że: 4) ilości robót muszą być zgodne z przedmiarem robót, a technologia ma odpowiadać opisom robót w przedmiarze, dokumentacji przetargowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Przedmiar robót, zawarty w pliku pdf o nazwie „przedmiar końcowy", będący załącznikiem nr 8 do SWZ, w poz. 2.9 przewidywał montaż przepompowni sieciowych. Pozycja 2.9 została opisana przez zamawiającego w następujący sposób: „przepompownie sieciowe wg oferty 2 kpl. P1 Kierz Niedźwiedzi Qp = 5,0 l/s H = 20,2 m cena P2 Kierz Niedźwiedzi Qp =5,0 l/s H = 28,8 m cena Razem 1".Co więcej w rubrykach „j.m.", „Poszcz." oraz „Razem" zamawiający wskazał odpowiednio „kpl.", „1,000" oraz „1,000". W ocenie odwołującego ze sposobu opisu pozycji 2.9 przedmiaru jasno wynika, że w tej pozycji zostały ujęte dwa komplety przepompowni sieciowych, które zamawiający ujął zbiorczo jako jeden komplet w ramach jednej pozycji kosztorysowej, czemu wyraz dają określenia „Razem 1", posłużenie się jednostką miary „kpl." oraz wartości „1,000" przy rubrykach „Poszcz" i „Razem". Tym samym zamawiający wymagał, aby wykonawcy, wyceniając ww. pozycję kosztorysową, przedstawili wartość jednego kompletu przepompowni, na którą będą się składać wartości dwóch przepompowni opisanych przez zamawiającego jako „P1 Kierz Niedźwiedzi" oraz „P2 Kierz Niedźwiedzi".

W ramach postępowania wpłynęło łącznie 7 ofert i w kosztorysach 5 oferentów pozycja dotycząca przepompowni sieciowych została opisana zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Oferta wykonawcy ARBUD INVESTMENT Sp. z o.o. została co prawda odrzucona z powodu niewskazania ceny kompletu przepompowni, ale rubryki dotyczące opisu pozycji, wskazania jedn. miary oraz „ilości" również zostały wypełnione zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Konsorcjum natomiast załączyło do swojej oferty kosztorys, który w poz. 20 d.1.2 zawierał opis pozycji „przepompownie sieciowe wg oferty", przy czym w rubrykach „Jedn. miary", „ilość", „cena" i „wartość" Konsorcjum, jako jedyne spośród wszystkich wykonawców, wskazało odpowiednio „kpl.", „2.000", „229900.00" i „459800.00". Zatem Konsorcjum w poz. 20 d.1.2 kosztorysu ofertowego zaoferowało zamawiającemu w istocie dwa komplety przepompowni sieciowych przy cenie 229.000,00 zł za jeden komplet, przy czym jako „komplet" należy rozumieć dwie przepompownie sieciowe, zgodnie z opisem zawartym w przedmiarze robót. Wynika to z faktu, że Konsorcjum pomnożyło x2 pozycję z przedmiaru, wskazując w rubryce „ilość" wartość „2.000". Tym samym, mając na względzie opis pozycji zawarty w przedmiarze robót, Konsorcjum zaoferowało łącznie 2 komplety przepompowni sieciowych, a więc 4 przepompownie sieciowe.

Odwołujący dalej wskazał, że w piśmie z dnia 16 lipca 2024 r. zwrócił uwagę zamawiającemu na opisany powyżej błąd Konsorcjum oraz na fakt, że tym samym oferta obarczona jest wadą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający w dniu 18 lipca 2024 r. wystosował do Konsorcjum pismo, w którym wskazał, że powziął wątpliwości co wyceny pozycji 20 d.1.2 „Przepompownie sieciowe wg. oferty" w złożonym wraz z ofertą kosztorysie oraz wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w formie oświadczenia czy w złożonym wraz z ofertą kosztorysie w poz. 20 d.1.2 wykonawca wycenił 4 przepompownie czy dwie kompletne przepompownie. Konsorcjum w odpowiedzi pismem z dnia 19 lipca 2024 r. poinformowało, że w swoim kosztorysie ofertowym wyceniło 2 kompletne przepompownie.

W opinii odwołującego działanie zamawiającego polegające na zwrócenie się do Konsorcjum z wnioskiem o wyjaśnienie wątpliwości było nieuprawnione i stanowiło naruszenie art. 223 ust. 1 p.z.p., wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty: zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. Ograniczeniem jest jedynie to, że zakres żądanych wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty, a także dokonywania jakiejkolwiek zmiany w jej treści, poza czynnościami wymienionymi w art. 223 ust. 2 p.z.p. (poprawianie omyłek) i art. 187 p.z.p. (w dialogu konkurencyjnym). W doktrynie podkreśla się również, że wynikająca z art. 223 ust. 1 p.z.p. zasada niezmienności oferty stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany są dopuszczalne tylko w ściśle określonych przypadkach [A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 223]. Uzupełnieniem przywołanego powyżej stanowiska doktryny jest według odwołującego dorobek orzeczniczy Izby w postaci wyroków: z dnia 15 października 2021 r. (KIO 2874/21), z dnia 4 marca 2022 r. (KIO 387/22), z dnia 22 października 2021 r. (KIO 2914/21).

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że opis pozycji 20 d.1.2 w kosztorysie ofertowym Konsorcjum jest jednoznaczny i nie budzi żadnych wątpliwości, tj. zaoferowane zostały łącznie 2

komplety przepompowni sieciowych w sytuacji, kiedy zamawiający w przedmiarze wymagał 1 kompletu. Co więcej zamawiający w swoim piśmie z dnia 18 lipca 2024 r. jednoznacznie stwierdził, że „zgodnie z przedmiarem na jeden komplet przepompowni składały się dwie kompletne przepompownie. Natomiast Wykonawca w załączonym wraz z oferta kosztorysie podał cenę za dwa komplety". Dlatego też uzasadnionym jest stwierdzenie, że oferta Konsorcjum w tym zakresie była jednoznaczna i oczywista dla zamawiającego.

Zdaniem odwołującego po pierwsze - nie zaistniały przesłanki do tego, aby zamawiający zwracał się do Konsorcjum z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty, po drugie - taki wniosek umożliwił Konsorcjum w istocie zmianę swojej oferty, gdyż, mając świadomość popełnionego błędu, Konsorcjum otrzymało od zamawiającego szansę na nieuprawnione dostosowanie treści swojej oferty do wymagań zamawiającego. W tym miejscu należy nadmienić, że Konsorcjum, w którego skład wchodzą wykonawcy będący profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, ma obowiązek sporządzenia oferty w sposób prawidłowy, jasny, precyzyjny i zrozumiały, w związku z czym ponosi również konsekwencje wszelkich błędów, jakimi ta oferta jest obarczona. Korespondencja między zamawiającym i Konsorcjum w zakresie wyjaśnienia treści oferty w odniesieniu do pozycji 20 d.1.2 stanowiła w istocie niedozwolone negocjacje treści oferty, a w konsekwencji naruszenie art. 223 ust. 1 p.z.p.

Niezależnie jednak od dokonanego naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p., zamawiający w dniu 22 lipca 2024 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym za najkorzystniejszą uznana została oferta Konsorcjum. W efekcie zamawiający naruszył również art. 226 ust. pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Brzmienie tego przepisu koresponduje z art. 218 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Przez „warunki zamówienia" należy z kolei rozumieć, zgodnie z dyspozycją art. 7 pkt 29 p.z.p., warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast zgodnie z orzecznictwem KIO „hipotezą normy zawartej w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp objęta jest sytuacja, gdy treść oferty złożonej w postępowaniu jest niezgodna z treścią SIWZ. Z okolicznością taką mamy w szczególności do czynienia, gdy oferta w merytorycznym zakresie nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do zakresu przedmiotowego świadczenia ujętego w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ. Treść oferty ma odpowiadać treści SWZ, co rozumieć należy jako być równoważnym czemuś, spełniać jakieś warunki, oczekiwania lub być zgodnym z czymś" (wyrok KIO z dnia 9 września 2021 r., KIO 2520/21).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że Konsorcjum, przewidując w pozycji 20 d.1.2 kosztorysu ofertowego przepompownie sieciowe wg oferty wg jednostki miary „kpl." w ilości „2.000", zobowiązało się do wykonania pod względem ilościowym dwóch kompletów przepompowni sieciowych, a więc, mając na względzie treść przedmiaru robót, łącznie 4 przepompowni sieciowych, gdyż zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał, że wymaga wyceny i wykonania 1 kompletu przepompowni, na który składają się dwie przepompownie określone jako P1 Kierz Niedźwiedzi oraz P2 Kierz Niedźwiedzi.Tym samym, mając na uwadze istotę przedmiaru robót, jako wyznacznika wymagań zamawiającego w szczególności co do przedmiotu i ilości robót, jakie ma wykonać wykonawca, oraz biorąc pod uwagę faktyczną (opisaną powyżej) treść kosztorysu ofertowego Konsorcjum, należy stwierdzić, że istnieją oczywiste rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami w odniesieniu do ilości przepompowni, jakich wykonania żądał zamawiający, a jakie rzeczywiście zaoferowało Konsorcjum. Dlatego też uzasadnione jest stwierdzenie, że w tym zakresie oferta Konsorcjum jest niezgodna przedmiarem robót, a tym samym z warunkami zamówienia i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., której to czynności zamawiający zaniechał i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. W konsekwencji, według odwołującego, naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania postanowieniem w zakresie zarzutu opisanego w ust. 5 pkt 1 odwołania (zarzut dotyczący czynności polegającej na wezwaniu do wyjaśnień) na podstawie art. 528 ust. 3 p.z.p., w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 sierpnia 2024 r., oraz o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa adwokata zgodnie ze złożona na rozprawie fakturą VAT.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum HYDROTERM Sp. z o.o. ul. Kard. S. Wyszyńskiego 1, 37-555 Święte i Inwestycje Liniowe „INVEST-LIN Sp. z o.o. ul. Pruchnicka 36, 37-710 Żurawica (dalej zwane „przystępującym"), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 14 sierpnia 2024 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się

ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania powinno zostać uznane za spóźnione, ponieważ zaskarżona czynność wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty została wykonana w dniu 18 lipca 2024 r., zatem zdaniem strony 5 dniowy termin na wniesienia odwołania w tym zakresie upłynął 23 lipca 2024 r. Zamawiający pominął bowiem, że treść rzeczonego wezwania udostępnił odwołującemu dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, wcześniej o wezwaniu wiedział jedynie zamawiający i przystępujący, do którego je skierowano. Skoro odwołujący powziął informację o zaskarżonej czynności zamawiającego po rozstrzygnięciu postępowania, tj. po 23 lipca 2024 r. (por. wydruk z platformy, na której prowadzone jest postępowanie, dotyczący udostępnienia odwołującemu protokołu wraz z załącznikami w dniu 25.07.2024 r.) należało uznać, że odwołanie, które zostało wniesione w dniu 29 lipca 2024 r., wniesiono w ustawowym terminie (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p.). *Ergo*, w sprawie nie zachodzi przeszkoda procesowa powodująca konieczność wydania rozstrzygnięcia formalnego i częściowego odrzucenia odwołania, zaś właściwy termin na wniesienie środka zaskarżenia został przez odwołującego dochowany.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu, mając na uwadze stanowisko procesowe zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego oraz przedłożony materiał dowodowy – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionych podstaw i jako takie zostało oddalone w całości.

W przedmiocie zarzutu nr 1 – naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień czy w złożonym wraz z ofertą kosztorysie w poz. 20 d.1.2 wyceniono cztery przepompownie czy dwie kompletne przepompownie, podczas gdy z treści poz. 20 d. 1.2 kosztorysu wynika, w sposób niebudzący wątpliwości, że przystępujący zaoferował dwa (a nie jeden, jak zamawiający wymagał w przedmiarze robót) komplety przepompowni, co zamawiający wprost przyznał w ww. wezwaniu, stwierdzając, że „wykonawca w załączonym wraz z oferta kosztorysie podał cenę za dwa komplety." – Izba wskazuje, co następuje.

W ramach uwag ogólnych należy podkreślić, że skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 223 ust. 1 p.z.p., kiedy w toku badania i oceny ofert zamawiający zauważy, że weryfikowana oferta posiada budzącą wątpliwość treść, jest całkowicie uzasadnione i racjonalne, ponieważ na zamawiającym ciąży obowiązek w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym prawidłowej oceny złożonych ofert. Wyjaśnienie treści oferty to ustalenie sposobu widzenia dokumentacji przez wykonawcę i uszczegółowienie wskazanego przy składaniu oferty stanowiska wynikającego z załączonych dokumentów i złożonych oświadczeń. Jest to swego rodzaju wykładnia treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 27.09.2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 6/23).

Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być także niezbędne dla ustalenia czy doszło do popełnienia przez wykonawcę w ofercie omyłki, którą zgodnie z ustawą p.z.p. zamawiający jest zobligowany poprawić, bądź czy doszło do błędu, który powinien skutkować odrzuceniem wadliwej oferty. Zamawiający powinien zapytać wykonawcę o okoliczności dotyczące sporządzenia oferty, co pozwala mu na zweryfikowanie czy oferta zawiera wadę, a następnie ewentualnie czy zamawiający powinien i w jaki sposób poprawić zauważony błąd, aby przywrócić treść oferty do brzmienia zgodnego z zamiarem wykonawcy ją składającego. Trudno zgodzić się z odwołującym, że wezwanie do wyjaśnienia miałoby automatycznie skutkować prowadzeniem nieuprawnionych negocjacji lub być „szansą na nieuprawnione dostosowanie do treści oferty do wymagań zamawiającego", ponieważ o tym świadczy treść udzielonych wyjaśnień w korelacji z brzmieniem oferty. Ustawodawca zakazał negocjacji treści oferty, co oznacza sytuację, kiedy udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia nie służą do prawidłowej rekonstrukcji oświadczenia woli zawartego w ofercie, a skutkują powstaniem nowej treści oferty – poprzez uzupełnienie jej danymi, które z jej brzmienia nie wynikają. I oczywistym jest,

że w wyniku wyjaśnień może okazać się, że budząca wątpliwość treść oferty wykonawcy odpowiada wymaganiom zawartym w SWZ, jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, ponieważ wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. jest właśnie instrumentem służącym do tego, aby zamawiający pochopnie nie eliminowali prawidłowych ofert, które spełniają wymagania dokumentacji postępowania. Należy także odróżnić skorzystanie z udzielonych wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy w treść złożonej oferty, co nie miało miejsca w ustalonym stanie rzeczy.

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, zgodnie z brzmieniem wezwania z dnia 18 lipca 2024 r., gdzie wskazano, że: „*W wyniku oceny złożonej przez Państwa oferty powzięto wątpliwości co do wyceny pozycji 20 d.1.2 „Przepompowanie sieciowe wg oferty" w złożonym z ofertą kosztorysie. Zgodnie z załącznikiem nr 1a do SWZ Zamawiający wymagał aby w pozycji 2.9 „przepompownie sieciowe" wskazać ceną za 1 komplet przepompowni sieciowej. Zgodnie z przedmiarem na jeden komplet przepompowni składały się dwie kompletne przepompownie. Natomiast Wykonawca w załączonym wraz z oferta kosztorysie podał cenę za dwa komplety. W związku z tym Zamawiający powziął wątpliwości czy Wykonawca prawidłowo wycenił pozycję kosztorysu dotyczącą przepompowni sieciowej. W związku z powyższym Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 wzywa do złożenia wyjaśnień w formie oświadczenia czy w złożonym wraz z ofertą kosztorysie w poz. 20 d.1.2 Wykonawca wycenił 4 przepompownie czy dwie kompletne przepompownie*?". Przystępujący, pismem z dnia 19 lipca 2024 r., udzielił wyjaśnień, że: *„(…) w kosztorysie ofertowym założonym wraz z ofertą w poz. 20 d.1.2 wycenione zostały dwie kompletne przepompownie.".*

W ocenie składu orzekającego, mając na uwadze treść oferty przystępującego, brzmienie dokumentacji postępowania oraz pozostałe oferty, które złożono w postępowaniu, wezwanie do złożenia wyjaśnień mogło być w ocenie zamawiającego uzasadnione. Zamawiający w pozycji 2.9 przedmiaru (kosztorys ofertowy kanalizacja) wymagał dwóch przepompowni (P1 Kierz Niedźwiedzi, P2 Kierz Niedźwiedzi), co nie było sporne, wskazując w przedmiarze: opis i wyliczenia - przepompownie wg oferty 2 kpl. (…), j.m. - kpl., poszcz. - 1,000, razem - 1,000. Innymi słowy, w pozycji kosztorysowej, w której zgodnie z jej opisem wymagano wyceny dwóch kompletów przepompowni (dwóch kompletnych przepompowni sieciowych), w kolumnie dotyczącej jednostki miary wskazano jeden komplet, scalając obie przepompownie z opisu pozycji w jeden komplet, jedną jednostkę miary.

W kosztorysie ofertowym przystępującego wskazano: opis - przepompownie wg oferty, jedn miary - kpl, ilość - 2.000, cena zł - 229.900, wartość zł (poz. 6 ilość x poz. 7 cena zł) - 459.800,00. Treść tą można rozumieć zgodnie z literalnym jej brzmieniem jako: przepompownie wg oferty, jednostka miary komplet, ilość dwa komplety (i zaoferowanie ceny za jeden komplet na poziomie 229.900,00 zł, za dwa komplety 459.800,00 zł).

Z wezwania do złożenia wyjaśnień wynika, że zamawiający zauważył, że przystępujący w kosztorysie podał cenę za dwa komplety i powziął wątpliwość – wobec brzmienia przedmiaru (kosztorys ofertowy kanalizacja, załącznik nr 1a do SWZ), gdzie w poz. 2.9 przepompownie sieciowe na jeden komplet przepompowni składały się dwie kompletne przepompowanie – czy przystępujący prawidłowo wycenił tę pozycję kosztorysu; czy wyceniono cztery przepompownie czy dwie kompletne przepompownie. Powyższe w ocenie Izby mogło być także związane z tym, że pozostali wykonawcy, pomimo że wyceniali zgodnie z opisem ww. pozycji dwa komplety przepompowni, posługiwali się jednostką miary „kpl. 1", a przystępujący wskazał w swojej ofercie jednostkę miary „kpl. 2".

Skład orzekający stwierdził, że składając wyjaśnienia przystępujący potwierdził, że zaoferował ilość wymaganą w SWZ, czyli dwa komplety; dwie kompletne przepompownie sieciowe, potwierdzając prawidłowość językowej rekonstrukcji jego oświadczenia zawartego w kosztorysie. Przy tym mając na uwadze brzmienie oferty i złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie wprowadzono do kosztorysu żadnego elementu, który by się w nim pierwotnie nie znajdował. Dodatkowo, brak wprowadzenia jakiegokolwiek nowego elementu do kosztorysu jednoznacznie udowadniają złożone przez przystępującego oferty dotyczące wyceny spornych dwóch przepompowni, tj. oferty: JUST-INŻ w Jarocinie za cenę 180.000,00 zł+188.000,00 zł, Ferrbud Sp. z o.o. w Rzeszowie za cenę 185.000,00+200.000,00 zł, Neptun Sp. z o.o. w Lublinie za cenę 187.000,00 zł+191.000,00 zł; średnio wynoszące około 380.000,00 zł za dostawę obydwu przepompowni (+koszty robocizny, sprzętu i koszty bezpośrednie konieczne do wbudowania przepompowni oraz zysk). Wyceny obrazują okoliczności w jakich oferta została złożona, pokazują warunki rynkowe spójne z cenami podanymi za dwie przepompownie w kosztorysie przystępującego. *A contrario* nie jest możliwe uznanie, że za zaoferowaną przez przystępującego cenę można nabyć cztery przepompownie sieciowe. Obarczony ciężarem dowodu odwołujący nic takiego także nie udowodnił, ani nie wynika to z pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Dokonując odtworzenia rozumienia oświadczenia przystępującego zawartego w ofercie należy mieć na uwadze okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone (art. 65 § 1 k.c.), przyjęcie w ustalonym stanie rzeczy, że wolą przystępującego – który uczestniczy w profesjonalnym obrocie na tym rynku, miałoby być zaoferowanie czterech przepompowni sieciowych za cenę podaną w kosztorysie jest absurdalne, więc jest to stanowisko nie do przyjęcia. Gołosłowne spekulacje odwołującego, które nie mają nic wspólnego z treścią oferty przystępującego i ze sposobem dokonywania wyceny tego zamówienia, są niemożliwe do podzielenia. Natomiast uzyskane przez zamawiającego wyjaśnienia dotyczą odtworzenia treści oferty przystępującego i nie są nieuprawnionymi negocjacjami. Przystępujący

odnosił się do sposobu rozumienia treści, jakie zawiera złożona przez niego oferta, nie wychodząc poza jej zakres, wskazując jak rozumieć treść kosztorysu w korelacji z rzeczywistym zamiarem wykonawcy, zgodnym z literalnym brzmieniem wyceny zawartej w kosztorysie, co dodatkowo wykazano przedłożonymi dowodami.

Konkludując, niewykazany zarzut nr 1 odwołania został przez Izbę oddalony jako zarzut bezpodstawny. I jedynie na marginesie można dodać, że nie doszłoby do rozpoznawanego sporu, gdyby zamawiający bardziej klarownie sporządził przedmiar, nie scalając w jedną jednostkę miary (jeden komplet) pozycji kosztorysu w której zawarto dwie przepompownie sieciowe (dwa komplety).

W zakresie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, podczas gdy przedstawiony przez niego kosztorys ofertowy, przewidujący montaż dwóch kompletów przepompowni sieciowych, jest niezgodny z warunkami zamówienia, ponieważ w rozdziale XIV SWZ „Opis sposobu przygotowania oferty" w ust. 9 zamawiający wskazał, że „ilości robót muszą być zgodne z przedmiarem robót", który to przedmiar w poz. 2.9 przewidywał montaż tylko jednego kompletu przepompowni sieciowych, skład orzekający wskazuje jak niżej.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wymaga wskazania przez odwołującego z jakimi elementami dokumentacji postępowania oferta przystępującego jest niezgodna. Zastosowanie tej normy stanowi bowiem szczególny przypadek dysonansu pomiędzy merytoryczną treścią oferty i brzmieniem dokumentacji postępowania. Odwołujący podnosił, że mając na względzie treść przedmiaru, przystępujący zaoferował łącznie cztery przepompownie sieciowe. Takie stanowisko nie znalazło odzwierciedlenia w ustalonym stanie rzeczy, co zostało szczegółowo omówione w uzasadnieniu oddalenia przez Izbę zarzutu nr 1. Złożone wyjaśnienia potwierdzają literalne brzmienie kosztorysu ofertowego, wskazując na materialną zgodność oferowanego przez przystępującego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, zatem zamawiający prawidłowo nie odrzucił oferty przystępującego jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Natomiast, gdyby nawet hipotetycznie przyjąć, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia treści oferty są niewystarczające i należałoby dostosować kosztorys *stricte* do brzmienia przedmiaru (gdzie mamy dwie przepompownie sieciowe scalone w jednostkę miary w postaci jednego kompletu, a nie dwie przepompownie sieciowe w jednostce miary dwa komplety, jak w kosztorysie przystępującego) – pomimo, że merytorycznie oferta przystępującego jest zgodna z SWZ, a byłaby to wada w sposobie wyrażenia/opisania zobowiązania ofertowego, wada co do formy, z czym skład orzekający się nie zgadza – to zamawiający powinien zastosować art. 223 ust. 2 p.z.p., ponieważ odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której niezgodna treść ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Powyższe oznacza, że zamawiający dla dopełnienia formalnej zgodności kosztorysu przystępującego z przedmiarem miałby obowiązek poprawienia omyłki w jego ofercie, której jakakolwiek poprawa musiałaby uwzględniać pozostawienie ceny za dwie kompletne przepompownie sieciowe na poziomie 459.800,00 zł. Wiąże się to z pozostawieniem całościowej ceny oferty brutto przystępującego na obecnym poziomie, co jest jedynym obiektywnym i racjonalnie uzasadnionym sposobem rozumienia treści tej oferty, który dodatkowo wynika ze złożonych dowodów. *Ergo* oferta przystępującego, której zaoferowana cena za całość zamówienia jest niezmienna, w dalszym ciągu pozostawałaby najkorzystniejsza, a ewentualne sanowanie omyłki (pisarskiej albo innej omyłki) nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tylko takie zarzuty podlegają uwzględnieniu w związku z brzmieniem art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., co stanowi dodatkowy argument za oddaleniem odwołania w tym zakresie.

Ponadto Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego oświadczenie mgr. inż. D. Śliza, autora przedmiaru, dotyczące sposobu rozumienia przez niego treści poz. 2.9 w zakresie ujęcia w tej pozycji zbiorczo dwóch przepompowni sieciowych (jednego kompletu przepompowni), które niewiele wnosi do sporu. Relewantnym dla rozstrzygnięcia pozostawało bowiem czy mając na uwadze zgromadzony materiał procesowy w kosztorysie przystępującego zawarto cztery czy dwie przepompownie sieciowe.

Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania (10.000,00 zł), koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika (w ramach limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia) oraz uzasadnione koszty zamawiającego w postaci

zastępstwa procesowego, zasądzone na rzecz zamawiającego zgodnie ze złożoną fakturą VAT (3.600,00 zł).

Przewodniczący:

……