Sygn. akt: KIO 2109/23

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 3 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EUROBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Klępinie, "Hut Technika Środowiska" Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Związek Gmin Zagłębia Miedziowego z siedzibą w Polkowicach**

przy udziale wykonawcy **Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EUROBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Klępinie, "Hut Technika Środowiska" Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, i:

2.1.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;

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 692 zł 50 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dziewięćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 2109/23

Uzasadnienie

Związek Gmin Zagłębia Miedziowego z siedzibą w Polkowicach(dalej „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn. „I etap modernizacji Zakładu Gospodarki Odpadami w Polkowicach", znak sprawy: AD.271.3.2023 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00135079.

Zamawiający w dniu 14 lipca 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę **Zakład Techniki Ochrony Środowiska Foleko Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy**(dalej „przystępujący" lub „Foleko"). Jednocześnie, w tym samym dniu, poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **EUROBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Klępinie, "Hut Technika Środowiska" Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** (dalej „odwołujący" lub „EUROBUD")o odrzuceniu złożonej przez nich oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący w dniu 19 lipca 2023 r. wniósł swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając

zamawiającemu, że ten prowadząc postępowanie naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy oferta odwołującego winna podlegać poprawieniu jako zawierająca inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w jej treści, ewentualnie winna podlegać procedurze wyjaśnienia;

2.art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie udziału procentowego prac projektowych w stosunku do prac budowlanych, w sytuacji, gdy niezgodność oferty z dokumentami zamówienia stanowi niezamierzoną omyłkę, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty;

3.art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty przystępującego, która to oferta nie była ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności.

Odwołujący, w oparciu o wyżej wskazane zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania czynności poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego, w zakresie udziału procentowego prac projektowych w stosunku do prac budowlanych oraz dostawy maszyn i urządzeń technologicznych oraz wykonania montażu linii technologicznej wraz z rozruchem technologicznym, a następnie wezwania odwołującego do zaakceptowania poprawionej oferty, ewentualnie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;

3.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca Foleko.

Zamawiający w dniu 27 lipca 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Wykonawca Foleko zaprezentował swoje stanowisko w sprawie w piśmie procesowym z 31 lipca 2023 r., które złożył do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, jak też po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym wykonawcy Foleko, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Jego oferta została odrzucona, co powoduje, że odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia. Tym samym, w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego zostanie przywrócona do postępowania, uzyska najwyższą liczbę punktów w rankingu ofert, co powoduje, że odwołujący ma szansę na zawarcie umowy i osiągnięcie zysku z tytułu jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba, działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek dowodowy z przesłuchania stron stwierdzając, że ten został powołany jedynie dla zwłoki, zaś fakty mające być przedmiotem dowodu, zostały już stwierdzone innymi dowodami. Oferta odwołującego została złożona w postępowaniu, w formie wymaganej przepisami ustawy Pzp, jej treść nie może być ustalana na podstawie innych środków dowodowych niż dokumenty, składające się na treść oferty. W tych okolicznościach fakty będące przedmiotem dowodu mogą być ustalone na podstawie dokumentów składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne, a przesłuchanie stron będzie jedynie przedłużać postępowanie odwoławcze.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt IV SWZ jest realizacja I etapu modernizacji Zakładu Gospodarki Odpadami w Polkowicach przy ul. Działkowej 20, który obejmuje budowę hali zasobni wraz z niezbędną infrastrukturą oraz wyposażeniem w ciąg technologiczny. W ramach zadania zostanie wybudowana hala przyjęcia i wstępnego sortowania odpadów, plac manewrowy, plac technologiczny oraz inne elementy infrastruktury, niezbędne do funkcjonowania tego typu inwestycji i uzyskania niezbędnych pozwoleń. Inwestycja zrealizowana będzie w formule „zaprojektuj i wybuduj".

Z kolei w pkt VII zamawiający wskazał termin realizacji zamówienia, dzieląc zakres zadania na trzy następujące etapy, zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym:
(1) I etap - wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej zgodnie z zakresem wskazanym w PFU. Etap I obejmuje również: przedłożenie przez wykonawcę przed przystąpieniem do prac projektowych do zatwierdzenia przez zamawiającego koncepcji ostatecznych parametrów, rozwiązań technicznych, zgodnie wymaganiami PFU, które zostaną zawarte w dokumentacji projektowej; (2) II etap - wykonanie całości robót budowlanych zgodnie z dokumentacją projektową wraz z opracowaniem dokumentacji powykonawczej. Etap II obejmuje również: pełnienie nadzoru autorskiego przez cały okres trwania inwestycji, przeprowadzenie kontroli termograficznej oraz ciśnieniowej, przeszkolenie zamawiającego lub/ oraz osób wskazanych przez zamawiającego w zakresie sposobu użytkowania budynku, instalacji i urządzeń, opracowanie instrukcji użytkowania i obsługi obiektu, uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie obiektu; (3) III etap - przeprowadzenie dostawy maszyn i urządzeń technologicznych oraz wykonanie montażu linii technologicznej wraz z uzyskaniem niezbędnych opinii i uzgodnień. Etap III obejmuje również: przeprowadzenie szkolenia zamawiającego lub/ oraz osób wskazanych przez zamawiającego z zakresu przygotowania do eksploatacji i utrzymania w ruchu urządzeń, maszyn i instalacji zmontowanych
i dostarczonych w ramach umowy. Termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy ustalono do 24 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, w tym: zakończenie etapu I - do 12 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, w tym przedłożenie koncepcji ostatecznych parametrów
i rozwiązań technicznych - do 3 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy; zakończenie etapu II - do 20 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy; zakończenie etapu III - do 24 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy.

W pkt XIX SWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert oraz wagę tych kryteriów, wskazując jako jedno z nich cenę ryczałtową brutto o wadze 60%.

Sposób prowadzenia procedury negocjacji treści ofert, w celu ich ulepszenia,
na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp został z kolei opisany w pkt XXIV SWZ. Zamawiający zastrzegł możliwość przeprowadzenia negocjacji w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. W przypadku, gdy zamawiający nie będzie prowadził negocjacji, dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Dalej wskazał, że na podstawie art. 288 ust. 1 ustawy Pzp ograniczy, stosując kryteria oceny ofert, liczbę wykonawców zaproszonych do negocjacji do 3 wykonawców, których oferty przedstawiają najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny obliczony na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Rozdziale XIX SWZ. Jeżeli liczba wykonawców, którzy w odpowiedzi
na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż 3, zamawiający kontynuuje postępowanie. W przypadku podjęcia decyzji o prowadzeniu negocjacji w pierwszym kroku zamawiający poinformuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach: (i) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, (ii) których oferty zostały odrzucone, (iii) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Ofertę wykonawcy niezaproszonego do negocjacji uznaje się za odrzuconą. Zamawiający w zaproszeniu
do negocjacji wskaże miejsce, termin i sposób prowadzenia negocjacji oraz kryteria oceny ofert, w ramach których będą

prowadzone negocjacje w celu ulepszenia treści ofert. Prowadzone negocjacje mają poufny charakter. Żadna ze stron nie może, bez zgody drugiej strony, ujawniać informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami. Zgoda jest udzielana w odniesieniu do konkretnych informacji i przed ich ujawnieniem. Negocjacje,
o których mowa w pkt 7, nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ oraz będą dotyczyły wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Po zakończeniu negocjacji z wszystkimi wykonawcami, zamawiający informuje o tym fakcie uczestników negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert dodatkowych w terminie nie krótszym niż 5 od dnia przekazania zaproszenia. Zaproszenie do złożenia ofert dodatkowych będzie zawierać co najmniej: (i) nazwę oraz adres zamawiającego, numer telefonu, adres poczty elektronicznej oraz strony internetowej prowadzonego postępowania, (ii) sposób
i termin składania ofert dodatkowych oraz język lub języki, w jakich muszą one być sporządzone, oraz termin otwarcia tych ofert. Wykonawca może złożyć ofertę dodatkową, która zawiera nowe propozycje w zakresie treści oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert wskazanych przez zamawiającego w zaproszeniu do negocjacji.
W przypadku, gdy wykonawca nie złoży oferty dodatkowej, wówczas wiążąca będzie oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta dodatkowa nie może być mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta przestaje wiązać wykonawcę w zakresie, w jakim złoży on ofertę dodatkową zawierającą korzystniejsze propozycje
w ramach każdego z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji. Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych
w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła ponadto, że zgodnie z wzorem Formularza ofertowego, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ wykonawca miał podać między innymi cenę ryczałtową netto i brutto za wykonanie całości zamówienia, w tym zamawiający wymagał podania: ceny ryczałtowej brutto za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę oraz ceny ryczałtowej netto za wykonanie dokumentacji projektowej wraz
z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, zastrzegając w treści formularza,
że deklarowana kwota nie przekracza 3 % ceny za całość zamówienia. Ponadto wykonawca miał podać cenę netto i brutto za wykonanie robót budowlanych oraz za dostawę maszyn
i urządzeń technologicznych i wykonanie montażu linii technologicznej wraz z rozruchem technologicznym.

Jednocześnie w Załączniku nr 9 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy
w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy, w § 6 Wynagrodzenie Wykonawcy znalazły się analogiczne postanowienia, jak w Formularzu oferty. W ust. 1 przewidziano, że w ramach całkowitego wynagrodzenia, wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, która to kwota nie przekracza 3% ceny za całość zamówienia.

Izba ustaliła także, że swoją ofertę w postępowaniu złożył wykonawca EUROBUD, który zaoferował realizację zamówienia za cenę ryczałtową brutto: 21 483 009,03 zł., w tym: a) cenę ryczałtową brutto za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę - 639 600,00 zł., cenę ryczałtową netto za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę - 520 000,00 zł., która to kwota nie przekracza 3 % ceny za całość zamówienia; b) cenę ryczałtową brutto za wykonanie robót budowlanych - 13 507 689,03 zł., cenę ryczałtową netto
za wykonanie robót budowlanych - 10 981 861,00 zł., c) cenę ryczałtową brutto za dostawę maszyn i urządzeń technologicznych oraz wykonanie montażu linii technologicznej wraz
z rozruchem technologicznym - 7 335 720,00 zł., cenę ryczałtową netto za dostawę maszyn
i urządzeń technologicznych oraz wykonanie montażu linii technologicznej wraz z rozruchem technologicznym - 5 964 000,00 zł.

Pismem z dnia 29 maja 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 289 ust. 1 ustawy Pzp zaprosił do negocjacji wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, w tym odwołującego informując między innymi, że negocjacje prowadzone będą w celu ulepszenia treści ofert, w zakresie Kryterium nr 1, tj. Cena ryczałtowa brutto. Prowadzone negocjacje nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ. Brak jest możliwości ulepszenia ofert w zakresie Kryterium nr 2 oraz Kryterium nr 3, gdyż wszyscy wykonawcy zaoferowali maksymalny możliwy termin udzielonej gwarancji i uzyskali maksymalną punktację w tych kryteriach.

W złożonej ofercie dodatkowej EUROBUD zaproponował następujące ceny
za realizację zamówienia: cena ryczałtowa brutto: 20.983.009,03 zł., w tym: a) cena ryczałtowa brutto za wykonanie dokumentacji projektowej - 639.600,00 zł., cena ryczałtowa netto
za wykonanie dokumentacji projektowej - 520.000,00 zł., która to kwota nie przekracza 3 % ceny za całość zamówienia;

b) cena ryczałtowa brutto za wykonanie robót budowlanych
- 13.257.689,03 zł., cena ryczałtowa netto za wykonanie robót budowlanych - 10.778.608,97 zł.; c) cena ryczałtowa brutto za dostawę maszyn i urządzeń technologicznych oraz wykonanie montażu linii technologicznej wraz z rozruchem technologicznym - 7.085.720,00 zł., cena ryczałtowa netto za dostawę maszyn i urządzeń technologicznych oraz wykonanie montażu linii technologicznej wraz z rozruchem technologicznym - 5.760.747,97 zł.

W dniu 5 lipca 2023 r., po terminie wyznaczonym na składanie ofert, odwołujący poinformował zamawiającego o dostrzeżeniu omyłki w ofercie dodatkowej złożonej w dniu
14 czerwca 2023 r., po przeprowadzeniu negocjacji. Jednocześnie powołując się na przepis art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp wezwał go do skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień oraz do przyjęcia wyjaśnień wykonawcy dotyczących treści złożonych ofert oraz poprawienia w ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty dodatkowej z dnia 14 czerwca 2023 r. Przedstawił ponadto Formularz ofertowy, jak stwierdził w prawidłowym brzmieniu, opatrzony podpisem elektronicznym. Uzasadniał, że omyłka polegała na braku dostosowania wartości prac projektowych oraz odpowiedniego podwyższenia wartości robót budowlanych oraz dostawy maszyn i urządzeń technologicznych, wykonania montażu linii technologicznej wraz z rozruchem technologicznym, w stosunku do wszystkich prac objętych zadaniem.
Z uwagi na całkowite obniżenie ceny ryczałtowej brutto o kwotę 500.000,00 zł., po określeniu prac projektowych na poziomie nieprzekraczającym 3 % zgodnie z SWZ, stosunkowemu podwyższeniu do ceny oferty dodatkowej powinny ulec wartości prac dotyczących wykonania robót budowlanych i za dostawę maszyn i urządzeń technologicznych. Podwyższenie powinno pozostać w takim stosunku, w jakim pozostają wartości poszczególnych rodzajów do pierwotnego rozkładu wynagrodzenia wykonawcy przedstawionego w ofercie podstawowej. Odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu, że dokonana omyłka nie powoduje istotnej zmiany oferty, a dotyczy jedynie błędnego działania arytmetycznego, wskutek braku przemnożenia poszczególnych składowych wynagrodzenia przez odpowiadający im pierwotny procentowy udział w całym wynagrodzeniu. Cena ryczałtowa brutto za wykonanie robót budowlanych została obniżona z kwoty 13.507.689,03 zł. do kwoty 13.257.689,03 zł. tj.
o 250.000,00 zł brutto, zaś cena ryczałtowa za dostawę maszyn i urządzeń została obniżona z kwoty 7.335.720,00 zł. do kwoty 7.085.720,00 zł. tj. o 250.000,00 zł. brutto, przy braku zmiany wartości prac projektowych i pozostawienie ich na poziomie 639.600,00 zł. brutto. Był to błąd spowodowany potwierdzeniem w zaproszeniu do negocjacji, że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu oraz wskazaniem w negocjacji, że kryterium, które będzie brane pod uwagę w ramach negocjacji, jest całkowita cena brutto. Prawidłowe rozbicie składowych kryterium nr 1 - cena ryczałtowa brutto w wysokości 20.983.009,03 zł. winno kształtować się następująco, z uwzględnieniem zastosowania się przez wykonawcę do wartości prac projektowych nieprzekraczającej 3% całego zamówienia wg proporcji zastosowanych przez wykonawcę na etapie oferty podstawowej: a) Cena ryczałtowa brutto za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę
- z uwzględnieniem współczynnika z oferty podstawowej 2,98% - 625.293,66 zł., b) Cena ryczałtowa brutto za wykonanie robót budowlanych - z uwzględnieniem współczynnika z oferty podstawowej 62,87% - 13.192.017,80 zł., c) Cena ryczałtowa brutto za dostawę maszyn
i urządzeń technologicznych oraz wykonanie montażu linii technologicznej wraz z rozruchem technologicznym - z uwzględnieniem współczynnika z oferty podstawowej 34,15% - 7.165.697,57 zł.

Pismem z 14 lipca 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach, które zostały odrzucone. Wykonawca EUROBUD został poinformowany, że złożona przez niego oferta dodatkowa podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że w formularzu oferty określił warunek, że zaproponowana przez wykonawcę cena ryczałtowa brutto za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekraczać 3% ceny za całość zamówienia. Pierwotna oferta, złożona przez wykonawcę
w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, spełniała powyższy warunek, natomiast oferta dodatkowa nie spełnia go, ponieważ przy obliczeniu 3% z kwoty zaoferowanej przez wykonawcę, tj. 20 983 009,03zł za całość zadania, cena za wykonanie dokumentacji projektowej nie powinna przekroczyć 629 490,27 zł., wykonawca zaproponował natomiast kwotę 639 600,00 zł., co skutkuje niezgodnością oferty dodatkowej z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Złożona przez wykonawcę oferta dodatkowa nie odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zamawiający nie może w tej sytuacji wezwać do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień dotyczących składowej ceny za całość zadania na podstawie art. 128 ustawy Pzp, gdyż nie jest ona podmiotowym ani przedmiotowym środkiem dowodowym. Zamawiający nie ma także możliwości wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, gdyż jakiekolwiek wyjaśnienia wykonawcy prowadzić będą do niedopuszczalnego

uzupełnienia oferty po upływie terminu składania ofert. Zamawiający nie ma także możliwości poprawienia oferty w trybie określonym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż fakt zaproponowania przez wykonawcę kwoty nie spełniającej warunku postawionego przez zamawiającego nie jest oczywistą omyłką pisarską, rachunkową lub inną omyłką polegającą na niezgodności oferty
z SWZ i niepowodującą zmian w treści oferty. W związku z powyższym, pierwotna oferta złożona przez wykonawcę w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu pozostaje wiążąca.

Z powyższą decyzją nie zgodził się wykonawca EUROBUD, składając swoje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz 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 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przywołanie treści przepisów, których naruszenie zarzucał odwołujący, a które to znajdą zastosowanie przy rozstrzyganiu przedmiotowej sprawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp warunki zamówienia to 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.

Z kolei zgodnie z 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.

W niniejszym postępowaniu zamawiający, powołując się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną przez EUROBUD, gdyż cena ryczałtowa brutto wskazana w ofercie za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę przekroczyła 3 % ceny za całość zamówienia. Nie było sporne
w niniejszej sprawie, że z treści Formularza oferty wynikało, że zaproponowana przez wykonawcę cena ryczałtowa brutto za wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekraczać 3% ceny za całość zamówienia. Powyższe wymaganie zostało powtórzone
w Załączniku nr 9 do SWZ -Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy. W § 6 ust. 1 przewidziano,
że w ramach całkowitego wynagrodzenia, wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe
za wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia
na budowę, która to kwota nie przekracza 3 % ceny za całość zamówienia.

Z ustaleń faktycznych, poczynionych przez skład orzekający na podstawie akt sprawy wynika również, że oferta pierwotna, złożona przez EUROBUD w odpowiedzi na ogłoszenie
o zamówieniu spełniała powyższy warunek, natomiast oferta dodatkowa nie spełnia go, ponieważ przy obliczeniu 3 % z kwoty zaoferowanej przez wykonawcę, tj. 20 983 009,03 zł. za całość zadania, cena za wykonanie dokumentacji projektowej nie powinna przekroczyć 629 490,27 zł., pomimo tego odwołujący zaproponował za ten zakres zamówienia kwotę 639 600,00 zł.

Tym samym, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy mamy
do czynienia z sytuacją, w której wystąpił brak zgodności treści oferty dodatkowej z warunkami zamówienia. Wbrew bowiem stanowisku zaprezentowanemu przez odwołującego, zgodnie
z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp warunki zamówienia to wszystkie kluczowe informacje, zawarte w przekazanych wykonawcy dokumentach zamówienia. Są to nie tylko warunki udziału w postępowaniu i inne wymagania proceduralne odnoszące się do przebiegu postępowania, lecz także określające przedmiot zamówienia, wymagania związane z jego realizacją oraz projektowane postanowienia umowy. Definicję tę należy zatem rozumieć szeroko, jako całość wymagań i oczekiwań kierowanych do wykonawcy, odnoszących się do sposobu realizacji zamówienia publicznego i zamieszczonych w SWZ, która to zawiera całość wymagań określonych przez zamawiającego. A zatem pojęcie „warunków zamówienia” obejmuje wymagania dotyczące procedury, sposobu świadczenia przedmiotu

zamówienia (realizacji zamówienia), wymagania związane z kwalifikacją do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także istotne postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne.

Nie sposób podzielić argumentacji odwołującego, zaprezentowanej w odwołaniu, że dokumenty zamówienia nie wprowadzały żadnych bliższych wytycznych co do wartości prac projektowych i, że brak było wymagań w tym zakresie. Owe wymagania wynikały bezspornie z treści dokumentu przekazanego wykonawcy tj. z SWZ, w której zamawiający precyzuje i opisuje całokształt wymagań dotyczących sposobu realizacji zamówienia publicznego. W tym przypadku, jako jedno z wymagań, których spełnienia zamawiający oczekiwał, był warunek, że wartość prac projektowych w tym zamówieniu nie może przekroczyć 3 %.

Podkreślenia wymaga, że o braku zgodność treści oferty z warunkami zamówienia mówimy wtedy, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też gdy oferta wykonawcy została sporządzona i przedstawiona w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym co podkreśla się w orzecznictwie KIO i sądów powszechnych chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego tj. wymagania co do treści oferty.

W tym postępowaniu jako jeden z warunków zamówienia, który dotyczył treści zobowiązania wykonawcy, było to, aby cena za prace projektowe nie przekraczała 3 % ceny całkowitej oferty. Zamawiający dał powyższemu jednoznaczny wyraz, wskazując na powyższe wymagania zarówno w treści Formularza oferty, jak też w projekcie umowy. Tym samym brak zgodności treści złożonej oferty z jasno wyartykułowanymi i precyzyjnymi wymaganiami zamawiającego - musiało skutkować decyzją o odrzuceniu złożonej w postępowaniu oferty.

Odwołujący zarzucał także zamawiającemu, że ten wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi zaniechał poprawienia jego oferty w oparciu o przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że przepis ten daje zamawiającemu możliwości, ale wskazuje również na obowiązek poprawienia w ofercie innych omyłek, które polegają na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Powyższy służy zatem do usuwania niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, w związku z czym zmiana oferty dokonywana na jego podstawie powinna polegać na skonfrontowaniu treści oferty z odpowiednim postanowieniem specyfikacji warunków zamówienia i ustaleniu jej sprzeczności z tym postanowieniem, a następnie poprawieniu treści oferty w sposób odpowiadający temu postanowieniu specyfikacji, z jednoczesnym uwzględnieniem, iż dokonana poprawa nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy określenie kwoty, która nie mieści się w z góry założonym przedziale (tj. cena za prace projektowe nie mogła przekroczyć 3 % ceny całkowitej oferty), będącego elementem SWZ, nie stanowi omyłki w rozumieniu cytowanego wyżej przepisu ustawy Pzp. Nie można poprawić ww. zapisów w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie miał możliwości jednoznacznego poprawienia omyłki na podstawie danych zawartych w Formularzu oferty i złożonych dokumentów. Zamawiający nie znał sposobu kalkulacji ceny wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej zastosowanego przez wykonawcę, ponieważ jest to pozycja ryczałtowa.

Ponadto zamawiający określił wartość wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji projektowej w pewnym przedziale wartościowym stwierdzając, że: „nie może przekroczyć 3 % ceny całkowitej oferty”, nie ustanawiając w tym zakresie konkretnej wartości tj. np. na poziomie 3 %. Zamawiający nie mógł zatem poprawić treści oferty odwołującego, gdyż w treści dokumentów zamówienia nie ustanowił w tym zakresie jednej, konkretnej wartości, ale dopuścił wiele możliwych rozwiązań. A zatem dokonanie przez zamawiającego poprawy oferty w tym przypadku, na podstawie wyżej wskazanego przepisu, wynikałoby wyłącznie z arbitralnej decyzji zamawiającego i przyjęcia określonej wartości dla tego elementu ceny oferty, być może wbrew intencjom wykonawcy w tym zakresie. Tymczasem zaznaczyć należy, że instytucja poprawy omyłki może znaleźć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, w jaki sposób ją poprawić, przy czym chodzi o jeden możliwy sposób poprawy, a nie jeden z wielu sposobów (tak w wyroku z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 950/21). Skoro w postanowieniach SWZ nie przewidziano określonej wartości, jak miała być przyjęta przez wykonawców w zakresie wyliczenia wartości dokumentacji projektowej, w ocenie Izby, zamawiający nie miał możliwości poprawiania omyłki bez udziału wykonawcy.

Przypomnieć należy także, że zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwem, poprawy omyłki jako innej można dokonać wyłącznie w sytuacji, gdy to w jaki sposób taka omyłka może zostać poprawiona wynika z innych elementów składających się na ofertę. Jak trafnie zauważyła Izba w wyroku z dnia 19 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 788/21: zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie (a wiedza ta oparta jest wyłącznie na informacjach zawartych w ofercie oraz treści specyfikacji) jak takiej poprawy należy dokonać. W innym orzeczeniu, Izba zwróciła uwagę, że poprawa omyłki w ww. trybie jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienialności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej
z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp. Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji. Skład orzekający zwrócił także uwagę, że konieczność poprawienia omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, dotyczących treści złożonej oferty. Z ww. powodów
w orzecznictwie Izby, wskazuje się, że poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z samej oferty (tak w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3458/22). Izba wywody powyższe w pełni podziela, zwracając uwagę, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy w żadnym miejscu w treści złożonej przez EUROBUD oferty nie sposób jest odnaleźć takich jednoznacznych stwierdzeń czy oświadczeń, jaka miałaby być wartość prac projektowych w stosunku do całkowitej wartości zamówienia.

W końcu także wskazać należy, że możliwość poprawiania innych omyłek wprowadzona została nowelizacją ustawy Pzp, która miała miejsce w 2008 r. i, jak wynika
z uzasadnienia rządowego projektu tej ustawy, celem tej regulacji było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Intencją ustawodawcy było bowiem usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnienia postępowań. Tym samym przepis ten wprowadzony został w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszczając poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, drobnych opuszczeni, różnic itp., ale nie błędów istotnych, które nie mają charakteru "omyłki", ale wynikają z błędnego odczytania treści SWZ. Celem ustawodawcy nie było z pewnością doprowadzenie do sytuacji, w której zamawiający będzie zastępował wykonawców, składając za nich oświadczenia o określonej treści, byle tylko doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią SWZ.

Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że proponowany przez niego sposób poprawienia błędu w ofercie dodatkowej, który proponuje w swoim piśmie, złożonym w toku postępowania, już po terminie składania ofert - jawić się powinien jako jedyny sposób poprawy złożonego oświadczenia. Według niego zamawiający, poprawiając ofertę, powinien przyjąć proporcje dla trzech składowych zamówienia, które ten przyjął w ofercie podstawowej, to jest 2,98% - prace projektowe, 62,87% - roboty budowlane, 34,15% - dostawy maszyn i urządzeń i w ten sam sposób rozdzielić wartość oferty dodatkowej - 20 983 009,00 zł. brutto. Tymczasem wymaga dostrzeżenia, że w treści oferty podstawowej, jak też w ofercie dodatkowej, odwołujący nie deklarował wartości procentowych, które przyjął dokonując swoich wyliczeń,
a jedynie kwotowe. Zamawiający nie miał zatem żadnych przesłanek, aby uznać, że intencją odwołującego było przyjęcie dla prac projektowych wartości procentowej ze swojej pierwszej oferty. Skoro więc odwołujący wskazał w treści oferty jedynie wartości kwotowe, dotyczące poszczególnych etapów zamówienia, to zamawiający, kierując się zapisami SWZ - przyrównał wartość kwotową za prace projektowe do ceny całkowitej oferty i doszedł do prawidłowego wniosku, że wartość ta przekracza limit 3% ceny całkowitej. Konsekwencją stwierdzonego błędu w ofercie, była decyzja o jej odrzuceniu jako niezgodnej z treścią SWZ.

Odwołujący oprócz tego, że w treści wniesionego odwołania wskazuje na przepisy art. 65 Kodeksu cywilnego oraz kontekst sytuacyjny składanego przez niego oświadczenia woli,
w żaden sposób nie wyjaśnia, z jakich to powodów zamawiający powinien przyjąć dla prac projektowych wartość 2,98 % ceny całkowitej oferty, deklarowaną w ofercie pierwotnej, a nie np. 2 % czy 1 %. Złożenie oświadczenia woli o określonej treści w ofercie pierwotnej, nie oznacza przecież, że taką samą wartość odwołujący zamierzał przyjąć w ofercie dodatkowej
i nie uprawnia zamawiającego do dokonania zmiany treści oferty. Celem złożenia oferty dodatkowej jest możliwość udzielenia przez zamawiającego zamówienia na korzystniejszych warunkach, które to warunki wykonawca określa w ofercie dodatkowej. Zamawiający nie był zatem w stanie ustalić jaka jest intencja EUROBUD co do zmiany (obniżenia) zaproponowanej ceny ofertowej w obrębie każdej z trzech jej składowych, albowiem ewentualny sposób zmiany oferty

odwołującego nie wynika z treści innych dokumentów, składających się na jego ofertę.

Należy także zauważyć, że nawet jeśli mielibyśmy w okolicznościach niniejszej sprawy do czynienia z omyłką, to w świetle art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do poprawek dotyczących niezgodności oferty z SWZ, a niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
z przepisu wprost wynika, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Może zatem, w wyniku poprawienia omyłki, dojść do zmiany treści złożonej oferty, ale granicą dopuszczalności takiej zmiany jest to, aby nie miała ona charakteru istotnego. Przy czym o istotności zmiany treści oferty każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, a zatem 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, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O tym, czy zmiana treści oferty jest istotna, decydować będą każdorazowo okoliczności danej sprawy tj. na ile dokonana zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi ona wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od tego które zostało złożone przez wykonawcę.

W niniejszej sprawie odwołujący domaga się poprawienia w jego ofercie wszystkich trzech pozycji cenowych w formularzu oferty, to jest wysokości przyszłego wynagrodzenia na wszystkich wyszczególnionych przez zamawiającego w SWZ, etapach realizacji zamówienia: dla prac projektowych domaga się zmiany na poziomie 14 306,34 zł. brutto, dla robót budowlanych żąda korekty na poziomie 65 671,23 zł. brutto, natomiast w odniesieniu do dostaw maszyn i urządzeń zmiana wynosi 79 977.57 zł. brutto. Zauważyć należy, że zarówno łączna wartość zmiany cen wewnątrz oferty, jak też zmiany dokonane w obrębie poszczególnych kwot proponowanych za poszczególne zakresy zamówienia, przedstawiają wymierną wartość i są istotne z punktu widzenia realizacji przyszłej umowy, stanowiąc jej elementy przedmiotowo istotne.

Trafnie także zwrócili uwagę zamawiający i przystępujący, że odwołujący zamierza zrealizować zamówienie w ramach konsorcjum, w którym to poszczególnym wykonawcom powierza się do realizacji określone w umowie zakresy zamówienia. Z ich wykonaniem związany jest otrzymywany przez nich poziom wynagrodzenia. Zamawiającemu z kolei nie są znane relacje pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum, nie ma wiedzy jaki wycinek całego zadania został powierzony poszczególnym jego członkom. Dokonanie zatem samodzielnie zmiany w treści oferty dodatkowej, mogłoby doprowadzić do pokrzywdzenia poszczególnych konsorcjantów, gdyż w przypadku zmniejszenia kwoty za realizację części zadania im powierzoną - otrzymają mniejsze wynagrodzenie.

Powyższe decyduje, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy mielibyśmy
do czynienia ze zmianą istotną, gdyż zarówno liczba dokonanych zmian (w zakresie wszystkich składowych ceny), jak też skutki tych zmian dla poszczególnych członków konsorcjum (wykonawca zamierza realizować zamówienie w ramach konsorcjum firm,
a podział zadań pomiędzy nimi nie jest znany) powodują, że korekty, które miałyby być dokonane są zasadnicze i kwalifikują się jako istotne. W konsekwencji ich dokonanie jest niemożliwe w świetle przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z tych względów odwołanie należało oddalić, o czym Izba orzekła w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:…….