

Sygn. akt: KIO 824/21

WYROK
z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Process Silesia Sp. z o.o. (lider)** oraz **Control Process S.A.** z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188 lok. 222, 40-203 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. Antoniów, ul. Powstańców Śl. 54, 46-040 Ozimek**

przy udziale wykonawców:

1. **Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjno-Handlowego Otech Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
1. **Envirotech Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Process Silesia Sp. z o.o. (lider)** oraz **Control Process S.A.** z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188 lok. 222, 40-203 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Control Process Silesia Sp. z o.o. (lider)** oraz **Control Process S.A.** z siedzibą dla lidera: **al. W. Roździeńskiego 188 lok. 222, 40-203 Katowice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. Antoniów, ul. Powstańców Śl. 54, 46-040 Ozimek** kwotę **4 051 zł 63 gr** (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt trzy grosze) tytułem wynagrodzenia oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania *Modernizacja Mechaniczno-Biologicznej Oczyszczalni Ścieków w Antoniowie* przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. Antoniów, ul. Powstańców Śl. 54, 46-040 Ozimek (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Control Process Silesia Sp. z o.o. (lider) oraz Control Process S.A. z siedzibą dla lidera: Aleja W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań (dalej „Envirotech”),
2. dokonania oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Envirotech.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r.. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Envirotech, która jest niezgodna z wymaganiami SIWZ,
2. z ostrożności art. 89 ust. 1 pkt 4, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Envirotech, która zawiera rażąco niską cenę,
3. art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty Envirotech w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Envirotech Sp. z o.o.,
2. odrzucenia oferty Envirotech,
3. powtórzenie czynności oceny ofert z wykluczeniem oferty Envirotech.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ kompletna oferta powinna zawierać wyceniony Wykaz cen uwzględniający wszystkie pozycje robót, jakie potencjalny wykonawca jest zobligowany do wykonania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia; wykaz ten zawierał ściśle określone przez zamawiającego pozycje, które należało uzupełnić wyłącznie poprzez podanie ceny dla każdej pozycji.

Podniósł, że Envirotech w złożonym w ramach oferty Wykazie cenowym wskazała

stawkę za wykonanie zakresu opisanego jako „*Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach (opcja)*” w wysokości 10 000,00 zł podczas gdy stawki wskazane przez pozostałych oferentów dla tego samego zakresu to kwoty na poziomie powyżej 100.000,00 zł, a nawet 500.000,00 zł, co – podał odwołujący – skłoniło zamawiającego do wezwania Envirotech do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Dowód: *wezwanie do wyjaśnień z dnia 23 lutego 2021 r.*

Stwierdził, że udzielając odpowiedzi, Envirotech wskazał, że w istocie nie wycenił zakresu, który został wskazany przez zamawiającego, a inny zakres prac - „koszt zabezpieczenia laguny I – obiektu nr 13 względem prowadzenia w pobliżu robót budowlanych przy realizacji nowego osadnika wtórnego”, co – wedle odwołującego – wynika wprost z wyjaśnień wykonawcy z dnia 26 lutego 2021 r.

Dowód: *„Wyjaśnienia Wykonawcy” z dnia 26 lutego 2021 r.*

Uzupełnił, że wycena innego niż zawarty w SIWZ przedmiotu prac powoduje, że „*nie można poddać porównaniu tego zakresu z wykonaniem likwidacji obiektu przez innych wykonawców wobec czego uznać należy, że Envirotech złożył ofertę nieodpowiadającą wymaganiom SIWZ.*

W ocenie odwołującego fakt użycia przez zamawiającego w nazwie pozycji nr 19.2 słowa „opcja” nie oznaczał dowolności traktowania tej pozycji przez wykonawców; obowiązkiem wykonawcy na etapie składania oferty było dokonanie wyceny tej pozycji zgodnie z jej opisem.

Podkreślił, że pełna zgodność ofert wszystkich wykonawców z SIWZ jest podstawowym warunkiem możliwości oceny ofert, gdyż tylko wtedy oferty są porównywalne.

Uznał, że opcjonalność tej pozycji będzie aktywować się dopiero na etapie realizacji projektu, zaś na etapie składania ofert – choćby ze względu na konieczność zapewnienia porównywalności ofert – wykonawcy zobowiązani byli do dokonania wyceny zakresu zgodnie z opisem.

Stwierdził, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że treścią oferty jest zarówno opis i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i cen w formularzu cenowym.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że akceptacja stanowiska zamawiającego prowadziłaby do całkowitej dowolności wypełniania formularza ofertowego, w oderwaniu od wymagań zamawiającego, co w konsekwencji prowadziłoby do składania przez wykonawców całkowicie nieporównywalnych ofert.

Stanął nadto na stanowisku, że nie jest także możliwe poprawienie oferty Envirotech, gdyż musiałoby to prowadzić do zmiany ceny, poprzez zastąpienie ceny za zaoferowany zakres („koszt zabezpieczenia laguny i - obiektu nr 13 względem prowadzenia w pobliżu robót

budowlanych przy realizacji nowego osadnika wtórnego") ceną za wymagany przez zamawiającego zakres („Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach (opcja)”), co musiałoby wiązać się ze zmianą ceny będącej kryterium oceny ofert.

W ocenie odwołującego Envirotech dokonałaby jawnej, niedozwolonej modyfikacji formularza ofertowego (w tabeli).

Odwołujący stwierdził także, iż złożone w dniu 26 lutego 2021 r. przez Envirotech wyjaśnienia w istocie potwierdzają wystąpienie rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji nr 19.2. – wyjaśnienia te jednoznacznie potwierdzają, że wskazana kwota jest niewystarczająca na wykonanie prac obejmujących usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach, a wystarczy jedynie na wykonanie zabezpieczenia laguny I, co oznacza, że jest to cena rażąco niska.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (USB) przy piśmie z dnia 30 marca 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 13 maja 2021 r., pism przystępujących: Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjno-Handlowego Otech Sp. z o.o. z dnia 15 maja 2021 r. oraz Envirotech Sp. z o.o. z dnia 13 maja 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego Envirotech Sp. z o.o., zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosował przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”], ponieważ zostało ono wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 15 marca 2021 r., czyli po dniu 31 grudnia 2020 r.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czego zamawiający nie kwestionował.

Skład orzekający Izby ustalił także, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej nadal „ustawa Pzp”]; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym EU w dniu 23 października 2020 r. pod numerem 2020/S 207-505629.

Zarzut (pierwszy) – zaniechania odrzucenia oferty Envirotech, która jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem III Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”), stanowiącej część I SIWZ przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie modernizacji mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków w miejscowości wskazanej przez zamawiającego.

Zakres robót obejmuje zaprojektowanie i wykonanie na oczyszczalni robót budowlano-montażowych oraz dostaw urządzeń w istniejących i nowoprojektowanych obiektach, a także między tymi obiektami.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający przedstawił w Części III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia).

W pkt. 2.3. PFU-1 zamawiający wskazał m.in. *„Laguna pierwsza stanowi kolizję w przypadku realizacji budowy nowego osadnika wtórnego (w zależności od ostatecznych rozwiązań projektowych).*

W pkt. 2.4.13 PFU-1 zamawiający wskazał nadto m.in. *„Wykonawca przeanalizuje także możliwość lokalizacji osadnika wtórnego w innej lokalizacji na terenie Oczyszczalni ścieków, bez konieczności likwidacji laguny”.*

Zgodnie z rozdziałem XV pkt 3 IDW (Zawartość oferty) każdy wykonawca miał obowiązek złożyć m.in., wg opracowanego przez zamawiającego wzoru załącznika do IDW, wyceniony Wykaz cen.

W rozdziale XXII IDW (Opis sposobu obliczenia ceny) w pkt. 3 zamawiający zastrzegł, że wykonawca musi uwzględnić *„wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania i ukończenia zamówienia w tym wszystkie wydatki poboczne, wszelkie*

koszty stałe, zysk, koszty ogólne i podobnego rodzaju obciążenia, opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów”.

W opracowanym przez zamawiającego Wykazie cen w „Tabeli II.B Roboty Budowlano – Montażowe (Opcja)” w pozycji 19.2. zamawiający wskazał do wyceny *„Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach (opcja)”.*

Envirotech pozycję 19.2. wycenił w wysokości 10 000 zł, odwołujący w wysokości 100 000 zł, inni wykonawcy – co podał w zestawieniu w ramach Odpowiedzi na odwołanie zamawiającego – na 144 450 zł, 0 zł, 305 000 zł, 111 622,86 zł, 550 000 zł.

Pismem z dnia 15 lutego 2021 r. odwołujący zawiadomił zamawiającego o *„nieprawidłowości wynikającej z oferty złożonej przez firmę Envirotech Sp. z o.o.”*, wskazując m.in., iż w jego ocenie *„Envirotech Sp. z o.o. nie będzie w stanie wykonać zakresu usunięcia i zagospodarowania wytworzonego osadu za tak niską kwotę. Kwota 10.000 zł nie jest w stanie pokryć wszystkich niezbędnych elementów składowych prac koniecznych do realizacji czynności obejmujących usunięcie i zagospodarowanie około 1850 m³ osadu oraz około 350 m³ mas ziemnych z wałów. Z oferty złożonej przez Envirotech Sp. z o.o., wynika iż Wykonawca ten przewiduje koszt ok 4.5 zł za usunięcie i zagospodarowanie 1 m³ osadu. Jest to wartość nierzeczywista, nierynkowa, znacznie poniżej faktycznych kosztów takiego świadczenia, które kształtują się na poziomie co najmniej kilkunastokrotnie wyższym. (...) Tezę, iż wartość ta jest niewiarygodna i nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych i z pewnością nie uwzględnia wszystkich niezbędnych kosztów wymaganych do usunięcia i zagospodarowania osadów z rozbiórki laguny, potwierdza również fakt, że kwota ta jest na znacznie niższym poziomie do kwot przedstawionych przez Wykonawców w pozostałych ofertach. (...) Biorąc pod uwagę to, że Zamawiający wymagał złożenia Wykazu cen z wskazaniem cen jednostkowych, uznać należy że pozycje te mają znaczenie dla oceny wiarygodności i realności cen zawartych w ofercie, tym samym Zamawiający nie powinien pozostawić bez reakcji ceny oczywiście nierealnej. W celu zbadania czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do Wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.”*

Pismem z dnia 23 lutego 2021 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Envirotech do *„złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: Wykazu Cen (TABELA*

II.B Roboty Budowlano – Montażowe (Opcja)). W zakresie pozycji nr 19.2 Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach (opcja), Envirotech Sp. z o.o. wyceniła pozycję wykazu 19.2. na kwotę 10 000,00 zł. Dla porównania, stawki wskazane przez pozostałych Oferentów dla tego samego zakresu to kwoty na poziomie powyżej 100 000,00 zł, a nawet 500 000,00 zł”.

Wykonawca Envirotech udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 26 lutego 2021 r., wyjaśniając m.in.: „Przyjęta w pozycji 19.2 wykazu kwota stanowi koszt zabezpieczenia laguny I – obiektu nr 13 względem prowadzenia w pobliżu robót budowlanych przy realizacji nowego osadnika wtórnego. Przyjęte przez Wykonawcę założenie realizacji zamówienia, a co za tym idzie i kalkulacja cenowa zakłada pozostawienie bez zmian obiektu nr 13 – laguny I i wybudowanie nowego osadnika wtórnego. W związku z tym Wykonawca nie przewiduje rozbiórki laguny, zakłada jej dalsze wykorzystanie, a co za tym idzie nie zakłada usunięcia i zagospodarowania wydobytego osadu i mas ziemnych w związku z brakiem tych prac. Wartość 10.000 zł wskazana w pozycji 19.2 stanowi koszt robót tymczasowych i towarzyszących związanych z zabezpieczeniem laguny w celu minimalizacji ryzyka jej uszkodzenia podczas prowadzenia prac w pobliżu na nowym osadniku wtórnym. Nie istnieją zatem dowody na to, że Wykonawca szczególnie nisko wycenił likwidację laguny, a co za tym idzie i osadów oraz innych odpadów, wobec zaniechania realizacji takiego rozwiązania. W porównaniu z ofertami konkurentów w Postępowaniu Wykonawca wycenił zatem inny, ale dopuszczony przez Zamawiającego przedmiot wskutek czego nie można poddać porównaniu tego zakresu z wykonaniem likwidacji obiektu przez innych wykonawców.” (...) Zakres zamówienia precyzuje m.in. Program funkcjonalno-użytkowy - “PFU-1 Część Opisowa”, który zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 14 z dnia 05.11.2020r. w razie rozbieżności zapisów w dokumentacji przetargowej stanowi dokument nadrzędny. Zgodnie z punktem 2.1. w/w Programu funkcjonalno-użytkowego “2.1 Zakres robót budowlanych” jednym z elementów jest: - “Nowy osadnik wtórny i nowa pompownia osadu recykulowanego i nadmiernego” oraz “Obiekt nr 13 – Laguny osadowe – zbiornik drugi i trzeci, a także bez zmian może pozostać zbiornik pierwszy (w zależności od wyników projektowania nowego osadnika wtórnego, w tym rozwiązanie jego lokalizacji).” Informacja o opcji - jako konieczności rozbiórki laguny pojawia się również w dalszej treści Programu funkcjonalno-użytkowego jako element możliwych do realizacji rozwiązań projektowych, a co oczywiste koniecznych już do wyceny na etapie składania ofert wobec braku możliwości składania ofert wariantowych w sposób jednoznaczny: “Punkt 2.3.1 Występujące niedobory, z powodów których należy przeprowadzić modernizację Oczyszczalni ścieków w Antoniowie.” W punkcie zawarto: “(...) Laguna pierwsza stanowi kolizję w przypadku

realizacji budowy nowego osadnika wtórnego (w zależności od ostatecznych rozwiązań projektowych).” „Punkt 2.4 Szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe” w punkcie zawarto: „Likwidacja jednej z lagun (pierwsza) – kolizja z lokalizacją nowego osadnika wtórnego, jeśli w wyniku projektowania zostanie wytypowane inne miejsce na osadnik wtórny likwidacja laguny nie będzie realizowana.” Treści przedstawione w PFU potwierdzają udostępnione przez Zamawiającego „Wyjaśnienia treści SIWZ oraz zmiany treści SIWZ” : Pytanie nr 50 opublikowane w dniu 11.12.2020r: „Odpowiedź:(...)w ramach odpowiedzi na pytania Zamawiający doprecyzował także, że Wykonawca w trakcie dokonywania prac i analiz przedprojektowych proponuje rozwiązania do zaprojektowania i wykonania biorąc pod uwagę kwestie efektywności ekonomicznej, technicznej, technologicznej i trwałości, a w przypadku nowego osadnika wtórnego dokona także analizy możliwości ulokowania obiektu na terenie oczyszczalni ścieków”. Powyższe oznacza mając na względzie wskazane cele, że zamiarem Zamawiającego jest preferowanie rozwiązań projektowych (w tym wycenionego przez Wykonawcę) pozostawiających obiekt nr 13 oraz lokalizacji nowego obiektu osadnika w innym miejscu. Co ważne w tym względzie ze względu na brak zmiany ceny umownej, rozwiązanie to pomimo, że teoretycznie winno być rozważane na etapie koncepcji powinno być już oszacowane i wybrane z ryzykiem wykonawcy na etapie składania ofert. Wówczas wycenia się bowiem realizację.

Pytanie nr 46 opublikowane w dniu 11.12.2020r: „Odpowiedź: Na etapie projektowania Wykonawca może przedstawić rozwiązanie oparte o budowę 2 mniejszych osadników wtórnych radialnych, przy czym będzie musiał udowodnić, że takie rozwiązanie nie będzie mieć negatywnego wpływu na efekt oczyszczania ścieków. Dobór odpowiednich rozwiązań jest obowiązkiem Wykonawcy, który w trakcie dokonywania prac i analiz przedprojektowych proponuje rozwiązania do zaprojektowania i wykonania biorąc pod uwagę kwestie efektywności ekonomicznej, technicznej, technologicznej i trwałości. Wykonawca przedstawi co najmniej 2 warianty rozwiązań projektowych i opracuje je w postaci Koncepcji rozwiązań projektowych. Opracowanie to będzie spełniać wymogi określone w PFU pkt. 3.1.1.2 i 3.1.1.3. Staranność dotycząca formy opracowania i dokładność zawartych w niej informacji musi być wystarczająca dla celów, jakim te opracowania służą - Koncepcja rozwiązań projektowych będzie przygotowana w taki sposób, żeby Inżynier i Zamawiający mogli dokonać oceny w odpowiednim czasie i bez zbędnych opóźnień, żeby ich decyzja nie utrudniała procesu projektowego. Inżynier i Zamawiający dokonają więc oceny i weryfikacji rozwiązań koncepcyjnych oraz wyboru rozwiązania do zastosowania.” Zamawiający na etapie projektowania i realizacji dopuszcza rozwiązania będące optymalne pod względem „efektywności ekonomicznej, technicznej, technologicznej i trwałości, a w przypadku nowego osadnika wtórnego dokona także analizy możliwości ulokowania obiektu na terenie oczyszczalni ścieków.” (...) Na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia Wykonawca

założył, że na etapie projektowania możliwe jest zaproponowanie takiego rozwiązania, które nie będzie skutkowało koniecznością rozbiórki całości laguny osadowej I. Dlatego koszty przyjęte w kalkulacji w poz. Wykazu cen: „Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach (opcja)” uwzględniają koszty poniesione podczas prowadzenia robót budowlanych dot. osadnika wtórnego, takie jak: roboty tymczasowe i odtworzeniowe ziemne w niewielkich rozmiarach służące zabezpieczeniu obiektu nr 13 - laguny osadowej I, względem prowadzonych prac budowlanych w sąsiedztwie przy budowie nowego zbiornika. Pozostawienie laguny osadowej I jest dodatkową formą zabezpieczenia gospodarki osadowej w przypadku np. awarii urządzeń do odwadniania osadu, co wpisuje się w przytoczone zapisy dot. zobligowania Wykonawcy do doboru odpowiednich rozwiązań. Przy założeniach opisanych w PFU oraz założeniach, które przyjął Wykonawca, Zamawiający posiadać będzie cztery zabezpieczenia dotyczące zagospodarowania osadu. Oprócz zabezpieczenia w postaci pozostawienia istniejącej stacji zagęszczania osadu, która może wspomóc pracę projektowanej prasy, PFU zakłada rezerwę w postaci osadnika wtórnego oraz zbiornika rezerwowego. Pozostawiając lagunę I umożliwiamy Zamawiającemu dalszą eksploatację zbiornika.”

Pismem z dnia 4 marca 2021 r. zamawiający zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego Envirotech z ceną 23 991 129,09 zł

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp brzmi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Odwołujący utrzymywał, że treść oferty Envirotech jest sprzeczna z treścią SIWZ, ponieważ wykonawca ten wycenił, a tym samym zaoferował inny zakres niż wymagał zamawiający, tj. nie uwzględnił wykonania pozycji 19.2 „Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach”.

Rzeczywiście wykonawca Envirotech w swoich wyjaśnieniach z dnia 26 lutego 2021 r. potwierdził, że „nie przewiduje rozbiórki laguny, zakłada jej dalsze wykorzystanie, a co za tym idzie nie zakłada usunięcia i zagospodarowania wydobytego osadu i mas ziemnych w związku z brakiem tych prac.”

Nie można jednak mówić w tym przypadku o niezgodności treści oferty wykonawcy Envirotech z treścią SIWZ, ponieważ jednocześnie z potwierdzeniem, że nie przewiduje rozbiórki laguny wykonawca ten wskazał, że „Przyjęte przez Wykonawcę założenie realizacji

zamówienia, a co za tym idzie i kalkulacja cenowa zakłada pozostawienie bez zmian obiektu nr 13 – laguny I i wybudowanie nowego osadnika wtórnego.

Skoro wyraz „opcja” został użyty w opracowanym przez zamawiającego wzorze do IDW – „Wykazie cen” to należy nadać mu znaczenia; nie można go pominąć, uznając, że go tam nie ma.

Ponieważ zamawiający nie podał w IDW, czy szerzej – w SIWZ, jak należy rozumieć wyraz „opcja” jaki pojawił się we wzorze „Wykaz cen” zarówno w tytule Tabeli IIB, jak i spornej pozycji 19.2. tejże tabeli, sięgnąć należy po sposób rozumienia wyrazu „opcja” w języku polskim – wyraz „opcja” rozumiany jest jako prawo wyboru, jako wybór jednej z możliwości.

Oznacza to bezsprzecznie, że wycena pozycji – *„Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach”* – dokonywana przez każdego wykonawcę na etapie składania ofert – stanowiła na tymże etapie jedynie jedną z możliwości do wyboru. Gdyby miało być inaczej użycie wyrazu „opcja” było w wycenianym Wykazie cen zbędne.

Zaoferowane przez wykonawców ceny, poddane przez zamawiającego ocenie na etapie badania i oceny ofert to – adekwatnie do przedmiotu zamówienia – ceny za zaprojektowanie i wykonanie modernizacji oczyszczalni ścieków w Antoniowie z tym wszakże zastrzeżeniem, że sposób realizacji zamówienia nie został przez zamawiającego zdeterminowany postanowieniami SIWZ (co zrozumiałe skoro przedmiot zamówienia to także zaprojektowanie).

Jednym z możliwych wyborów co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, wskazanym już w samej SIWZ (PFU) było *„Usunięcie i zagospodarowanie wydobytego osadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach*. Innym, możliwym sposobem, wynikającym z SIWZ – PFU (opisał to Envirotech w swoich wyjaśnieniach z 26 lutego 2021 r.) było wybudowanie nowego osadnika wtórnego i to, że *„bez zmian może pozostać zbiornik pierwszy”*. Skoro tak, to wycena przez Envirotech w pozycji 19.2 innego niż tam opisany, ale dopuszczonego (poprzez wskazanie, że to jedynie opcja) zakresu – innego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia było prawidłowe i zgodne z SIWZ.

Powyższe oznacza także, że oferta Envirotech w zakwestionowanym przez odwołującego zakresie jako zgodna z treścią SIWZ nie wymagała żadnej poprawy (zmiany).

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy Envirotech z treścią SIWZ nie mógł się ostać.

Zarzut (drugi) – zaniechania odrzucenia oferty Envirotech, która zawiera rażąco niską cenę, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący postawił także zarzut zaniechania odrzucenia oferty Envirotech, która zawiera rażąco niską cenę, nie prezentując w tym zakresie żadnej argumentacji i poprzestając na gołosłownym stwierdzeniu, że „*złożone w dniu 26 lutego 2021 r. wyjaśnienia w istocie potwierdzają wystąpienie rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji 19.2. Wyjaśnienia Envirotech Sp. z o.o. jednoznacznie potwierdzają, że wskazana kwota jest niewystarczająca na wykonanie prac obejmujących usunięcie i zagospodarowanie wydobytego odpadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach, a wystarczy jedynie na wykonanie zabezpieczenia laguny I*” (str. 7 pkt 8 odwołania).

Niezrozumiałym pozostaje fakt, że z jednej strony odwołujący oświadczył, że stawia ten zarzut „*z ostrożności procesowej, przy przyjęciu, że Envirotech Sp. z o.o. nie złożył oferty niezgodnej z SIWZ*” (str. 7 pkt 8 odwołania), a zatem postawił zarzut na wypadek uznania przez skład orzekający Izby, że nie występuje niezgodność treści oferty Envirotech z treścią SIWZ (w pozycji 19.2. wykonawcy nie musieli wyceniać „*usunięcia i zagospodarowanie wydobytego odpadu i mas ziemnych z rozbiórki laguny I, wraz z robotami tymczasowymi i towarzyszącymi zgodnie z przepisami ustawy o odpadach*”, ale mogli także wycenić *zabezpieczenia laguny I* – przy wyborze innej opcji realizacji przedmiotu zamówienia), z drugiej strony nadal utrzymywał, że wyjaśnienia Envirotech miały wyjaśniać wycenę usunięcia laguny.

Uwzględniając, że skład orzekający Izby uznał, że zarzut pierwszy nie potwierdził się (nie występuje niezgodność pomiędzy treścią oferty Envirotech a treścią SIWZ, co oznacza, że Envirotech mógł wycenić *zabezpieczenie laguny I* – przy wyborze takiej opcji realizacji przedmiotu zamówienia), a sam odwołujący potwierdził, że kwota wskazana przez Envirotech w pozycji 19.2. wystarcza na zabezpieczenia laguny I, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Zarzut (trzeci) – wyboru oferty Envirotech w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z poprzednich zarzutów podniesionych w odwołaniu, a odwołujący w odniesieniu do tego zarzutu nie zaprezentował żadnej odrębnej argumentacji, skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Ze względu na to, że nie potwierdził się żaden zarzut skład orzekający Izby orzekł jak

w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy nPzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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: