

Sygn. akt: KIO 648/14

**WYROK**  
**z dnia 9 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2014 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „OTECH” Sp. z o.o.**, ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Busko-Zdrój**, al. Mickiewicza 10, 28-100 Busko-Zdrój

przy udziale

**G..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INTECH G..... K.....**, Suków 85, 26-021 Daleszyce, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe „OTECH” Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Busko-Zdrój na *zaprojektowanie i budowę instalacji solarnej do podgrzewania wody dla budynku krytej pływalni przy ul. Grotta w Busku-Zdroju* (nr postępowania ZP.271.58.2013), wobec czynności Zamawiającego polegających na;

- a) nierównym traktowaniu wykonawców i nie zachowaniu uczciwej konkurencji wobec określonych w siwz wymagań, które jako niezachowane przez wykonawcę powinny spotkać się z odrzuceniem jego oferty,
- b) bezzasadnym wezwaniu wykonawcy, którego oferta została wybrana, do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, zamiast jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 jako niezgodnej z treścią siwz,
- c) nieuprawnionym potraktowaniu błędu wykonawcy jako omyłki i samodzielnym jej poprawieniu skutkującym niedopuszczalną istotną zmianą treści złożonej w postępowaniu oferty,
- d) wadliwym dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, która w ocenie Odwołującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z treścią siwz i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

Na skutek wskazanych uchybień Zamawiającego, Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez wybór oferty wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy wobec nie zachowania w stosunku do tego wykonawcy zasad postępowania określonych w siwz, które to zasady obowiązywać winny wszystkich wykonawców oraz wobec próby konwalidacji błędu popełnionego przez wykonawcę jako omyłki, podczas gdy charakter błędu był niezwykle istotny i mający wpływ na wycenę wartości oferty,
- 2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nieuzasadnione wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, podczas gdy jej analiza dawała jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodności z treścią siwz. W konsekwencji Zamawiający prowadził z wykonawcą niedopuszczalne negocjacje w przedmiocie treści oferty, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- 3) art. 87 ust.2 ustawy poprzez jego nieuprawnione zastosowanie skutkujące samodzielnym poprawieniem przez Zamawiającego treści złożonej przez Wykonawcę oferty oraz istotną jej zmianą,
  - 4) 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego niezastosowanie skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo wystąpienia jednoznacznych przesłanek obligujących Zamawiającego do dokonania tej czynności (niezgodność oferty z treścią siwz),
  - 5) Art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wadliwe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej (która – jako sprzeczna z treścią siwz – winna zostać odrzucona i nie podlegać ocenie punktowej) skutkującego zaniechaniem dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu w niniejszym postępowaniu,
- które to naruszenia w ujęciu całościowym miały wpływ na podjęte przez Zamawiającego wadliwe rozstrzygnięcie w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności związanych z dokonaniem wyboru oferty oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert, w celu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, po uprzednim odrzuceniu oferty wybranej z naruszeniem przepisów ustawy.

Informacja o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana przez Zamawiającego 20.03.2014 .

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 24.12.2013 r., 2013/S 249-434268.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący wskazał na wadliwość czynności Zamawiającego polegających na poprawieniu treści oferty wykonawcy – INTECH G..... K..... i wyborze oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej. Zamawiający dokonał wskazanego wyboru pomimo, iż oferta wykonawcy, biorąc pod uwagę wskazaną przez niego w ofercie ilość urządzeń, nie spełnia wymogu zawartego w pkt 1.1.1

programu funkcjonalno – użytkowego związanego z łączną powierzchnią netto kolektorów słonecznych (tj. powierzchnią absorbera) określoną przez Zamawiającego na poziomie min. 660,90 m<sup>2</sup>.

Wykonawca w „Opisie proponowanego systemu solarnego wraz z wykazem urządzeń wykorzystującego energię słoneczną dla budynku Krytej Pływalni przy ul. Grotta w Busku – Zdroju” zaproponował w pkt 3 instalację solarną składającą się z kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni czynnej min. 666,85 m<sup>2</sup>. Jednocześnie w tym samym dokumencie wykonawca zadeklarował ilość urządzeń – 234 sztuk (*Proponowana instalacja solarna składać się będzie z 234 sztuk kolektorów słonecznych*). Jednakże, biorąc pod uwagę powierzchnię jednostkową absorbera (powierzchnia netto) zaproponowanego urządzenia (wskazaną w karcie katalogowej producenta załączonej do oferty) wynoszącą 2,64 m<sup>2</sup>, nie został spełniony wymóg dotyczący minimalnej łącznej powierzchni netto instalacji. Przy powierzchni absorbera wynoszącej 2,64 m<sup>2</sup>, ilość kolektorów podana przez wykonawcę daje łączną powierzchnię netto instalacji – 617,76 m<sup>2</sup>, podczas gdy Zamawiający w pkt 1.1.1 programu funkcjonalno-użytkowego jednoznacznie wskazał, iż *dla wspomagania systemu przygotowania c.w.u. w budynku Krytej Pływalni wymagany jest układ składający się (...) z kolektorów słonecznych o powierzchni netto co najmniej 660,90 m<sup>2</sup> (tj. powierzchni absorbera)*.

W ocenie Odwołującego wskazana niezgodność oferty z siwz nie uprawniała do poprawienia jej treści i dokonania wyboru oferty INTECH G..... K....., jako najkorzystniejszej.

Wykonawca udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 7.03.2014 r. wskazał, iż *dokonując opisu proponowanego systemu solarnego omyłkowo wpisał ilość kolektorów 234 szt., wymaganych do zamontowania celem zapewnienia pokrycia proponowanej powierzchni. Prawidłowa ilość (po zaokrągleniu do jedności) to 253 szt., a nie jak omyłkowo podano w ofercie – 234 szt.* i zwrócił się o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej poprzez zastąpienie liczby 234 liczbą 253, na co wyraził zgodę.

Zdaniem Odwołującego, wskazana nieprawidłowość nie kwalifikowała się do poprawienia z żadnej z podstaw wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy. Przyjmując za podstawę wskazaną przez wykonawcę ilość kolektorów, tj. 234 szt. Odwołujący uznał, iż rzeczywista wielkość powierzchni netto wynosi 617,76 m<sup>2</sup> i nie spełnia podstawowego wymogu zawartego w treści siwz, co prowadzić powinno do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zdaniem Odwołującego, wykonawca świadomie i celowo podał w ofercie ilość 234 urządzeń, natomiast podana przez niego powierzchnia łączna instalacji 666,85 m<sup>2</sup> jest powierzchnią brutto, a nie netto. W związku z powyższym, wycena oferty obejmuje mniejszą od koniecznej do spełnienia warunku dotyczącego łącznej powierzchni netto, ilość kolektorów, a więc skutek błędu jest istotny i dotyczy merytorycznej części oferty. Przy niewielkiej różnicy

cenowej pomiędzy ofertą wybraną, a ofertą Odwołującego, ilość przyjętych do wyceny kolektorów decydowałyby o kolejności ofert, gdyż oferta Odwołującego okazałaby się najkorzystniejsza.

Podsumowując, Odwołujący uznał, iż zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy było w okolicznościach przedmiotowej sprawy jednoznacznym nadużyciem ze strony Zamawiającego, który miał klarowne przesłanki do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią siwz, natomiast sposób sformułowania wezwania do wyjaśnień był swoistą podpowiedzią dla wykonawcy, jak uchronić złożoną przez siebie ofertę przed odrzuceniem. Gdyby Zamawiający ograniczył się w tym zakresie do lakonicznej prośby o wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca obliczył powierzchnię łączną absorbera, niewykluczone, iż otrzymałby potwierdzenie założeń przyjętych w ofercie. Nawet po korekcie oferty, a więc zwiększeniu ilości zaproponowanych urządzeń do 253 szt., łączna powierzchnia absorbera jest różna od wskazanej w ofercie i wynosi 667,92 m<sup>2</sup>. Wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiąły zatem wątpliwości w kluczowej kwestii – jaką ilość urządzeń przyjął wykonawca dla obliczenia wskazanej w ofercie powierzchni netto instalacji na poziomie min. 666,85 m<sup>2</sup>.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty OTECH Sp. z o.o., a także treści wyjaśnień wykonawcy z dnia 07.03.2014 r.. Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierzał do odrzucenia oferty wybranej, wniesienie odwołania miało na celu wzruszenie czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Powyższe w sposób dostateczny wykazywało spełnienie przesłanki do merytorycznego rozpoznania odwołania, otwierając Odwołującemu drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaleń faktycznych.

Przedmiotowe zamówienie obejmuje zadanie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a opis przedmiotu zamówienia sporządzony został za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego załącznik nr 2 do siwz. Zamawiający w programie określił minimalne wymagania, jakim odpowiadać miał zaprojektowany układ wspomaganie systemu przygotowania c.w.u. w budynku krytej pływalni, wskazując na potrzebę zastosowania kolektorów słonecznych o powierzchni netto co najmniej 660,90 m<sup>2</sup> (tj. powierzchni absorbera) – str. 8 programu. W celu wykazania, że roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający wymagał przedstawienia między innymi wykazu, schematu i opisu proponowanego systemu solarnego wykorzystującego energię słoneczną (rozdział IX.C siwz, str. 14).

W ofercie wykonawca – INTECH G..... K....., na stronach od 71-75 przedstawił opis proponowanego systemu, w którym przewidział *zaprojektowanie i wykonanie instalacji solarnej składającej się z płaskich kolektorów słonecznych o łącznej powierzchni czynnej kolektorów min. 666,85 m<sup>2</sup>. Proponowana instalacja solarna składać się będzie z 234 sztuk kolektorów słonecznych* (str. 71). Na str. 73 oferty, w wykazie proponowanego wyposażenia, wykonawca opisał płaskie kolektory słoneczne o powierzchni absorbera nie mniejszej niż 666,85 m<sup>2</sup>, jako urządzenia AMX 2,85 m<sup>2</sup>, którego parametry opisane zostały w karcie katalogowej załączonej na stronie 69 i 70 oferty. W schemacie technologicznym instalacji solarnej (str. 75) ujęto baterie kolektorów słonecznych o powierzchni łącznej min. 666,85 m<sup>2</sup>. W piśmie z dnia 04.03.2014 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących kolektorów słonecznych wskazując, iż *przy powierzchni absorbera wynoszącej 2,64 m<sup>2</sup> określonej w Karcie Katalogowej producenta (str. 70 oferty), ilość zaproponowanych kolektorów 234 szt. nie daje wymaganej przez Zamawiającego minimalnej powierzchni netto instalacji tj. 660,90 m<sup>2</sup>. Przy zastosowaniu proponowanych przez wykonawcę kolektorów, aby uzyskać czynną powierzchnię 660,90 m<sup>2</sup>, należałoby*

*zastosować 251 szt. kolektorów. Co stanowi 17 sztuk kolektorów więcej niż zaproponował Wykonawca.*

W wyjaśnieniach z dnia 07.03.2014 r. wykonawca przywołał zapisy z oferty, w których zadeklarowana powierzchnia minimalna wynosi 666,85 m<sup>2</sup> i jednocześnie wyjaśnił, iż podana ilość w opisie 234 szt. została omyłkowo wpisana, a prawidłowa ilość (po zaokrągleniu do jedności) to 253 szt., co w jego ocenie stanowiło oczywistą omyłkę pisarską. Jednocześnie zwrócił się do Zamawiającego o jej poprawienie poprzez zastąpienie liczby 234 liczbą 253, na co wyraził zgodę.

W formularzu oferty wykonawca określił cenę ryczałtową brutto za całość zamówienia w kwocie 1.473.624,18 zł, której rozbięciu wyodrębnione zostały wartości prac: prace projektowe, uzyskanie pozwolenia na budowę, prace przygotowawcze pod montaż urządzeń, zakup, dostawa i montaż urządzeń, przewodów itp., pozostałe prace budowlane (wykończeniowe po w.w. pozycjach), próby szczelności, badania i rozruch.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych Izba uznała, iż zarzuty formułowane przez Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zasadniczo, podstawę podniesionych zarzutów stanowiło ustalenie Odwołującego, iż punktem odniesienia dla oceny oferty wykonawcy stanowić powinna ilość sztuk kolektorów przyjęta w opisie proponowanego rozwiązania.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Izba co do zasady przychyliła się do argumentacji Odwołującego o braku możliwości zakwalifikowania zmiany ilości kolektorów z 234 na 253, do kategorii oczywistej omyłki pisarskiej. O braku oczywistości omyłki popełnionej przez wykonawcę może świadczyć przede wszystkim okoliczność, iż Zamawiający nie potrafił wskazać ilości, jaką wykonawca zakładał w proponowanym rozwiązaniu. W wezwaniu Zamawiający wskazał bowiem ilość 251, natomiast wykonawca zgodził się na poprawienie treści oferty przez zastąpienie pierwotnej ilości sztuk kolektorów z 234 na 253. Zdaniem Izby, co do zasady należało wskazać, iż nie mogła być uznana za oczywistą omyłką wymagająca zaangażowania wykonawcy w ustalenie rzeczywistych założeń wykonawcy, przyjętych dla wykazania spełnienia minimalnego warunku łącznej powierzchni netto absorbera. Nawet odpowiedź, jakiej udzielił wykonawca nie rozwiewa wątpliwości w tym zakresie, gdyż po zwiększeniu ilości urządzeń do 253 łączna powierzchnia netto absorbera odbiega od wskazanej w ofercie minimalnej wielkości 666,85 m<sup>2</sup> i wynosi 667,92 m<sup>2</sup>. W tych okolicznościach uznanie podanej ilości 234 sztuk za oczywistą omyłkę pisarską nie mogło być ocenione za poprawne.

Niezależnie od powyższego odwołanie nie mogło odnieść skutku w zakresie tego zarzutu, jak również dalszych i w konsekwencji podlegało oddaleniu. Izba uznała bowiem, iż wskazana ilość kolektorów nie stanowiła wymaganej treści oferty, a decydującym dla



prawidłowości oferty było określenie łącznej powierzchni netto absorbera, która to wielkość miała istotne znaczenie, z punktu widzenia wymagań Zamawiającego. Ponieważ Zamawiający określił wyłącznie wymaganą, jako minimalną wielkość powierzchni netto 660,90 m<sup>2</sup>, ustalenie co do ilości sztuk kolektorów miało znaczenie informacyjne i nie pozbawiało skuteczności oświadczenie o zadeklarowanej w ofercie wykonawcy wielkości powierzchni absorbera min. 666,85 m<sup>2</sup>. Zabiegi Odwołującego polegające na próbie dopasowania ilości sztuk kolektora AMX 2,85 koniecznej do pokrycia podanej wielkości powierzchni nie miało waloru dowodowego. Wprawdzie przedstawione wyliczenie, oparte na założeniu ilości sztuk 234 oraz wielkości brutto powierzchni 2,85 było najbliższe podanej wielkości netto 666,85 m<sup>2</sup>, to zdaniem Izby nie mogło ono podważać istotnej treści oferty jaką stanowiła zadeklarowana w tej samej wielkości, w kilku miejscach oferty, łączna powierzchnia absorbera, istotna z punktu widzenia oceny oferty wykonawcy. Uwzględniając ustalony przez Zamawiającego sposób prezentacji ceny oferty, nie było możliwym przychylenie się do stanowiska Odwołującego o konieczności uwzględnienia, jako właściwej dla kalkulacji ceny, podanej pierwotnie ilości sztuk kolektorów (234). Odwołujący nie kwestionował wyceny oferty, jako rażąco niskiej, stąd ewentualne błędy wykonawcy popełnione na tej płaszczyźnie nie mogły być uwzględnione przez Izbę przy rozpoznawaniu zarzutu niezgodności oferty z treścią siwz – tj. wymaganą minimalną łączną powierzchnią netto kolektorów słonecznych.

Izba w oparciu o powyższe uznała, iż błędna ilość kolektorów podana przez wykonawcę w opisie proponowanego rozwiązania nie mogła stanowić podstawy do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz, w której Zamawiający nie wymagał wskazania konkretnej ilości urządzeń, a wiążące w postępowaniu dla Zamawiającego były deklaracje co do łącznej powierzchni netto absorbera.

Mając na uwadze powyższe wywody Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 20 tys. zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....