

Sygn. akt: KIO 1632/13

**WYROK**  
**z dnia 22 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2013 r. przez **odwołującego – Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe "OTECH" Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Nadleśnictwo Cisna, ul. Cisna 87A, 36-607 Cisna**,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjno-Handlowe "OTECH" Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe "OTECH" Sp. z o.o., ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Przebudowa kotłowni olejowej na kotłownię biomasową wspomaganą systemem kolektorów słonecznych w budynku Nadleśnictwa Cisną". Zdaniem Odwołującego – Przedsiębiorstwa Usługowo Produkcyjno Handlowe „OTECH” Sp. z o.o. z Gorlic w tym postępowaniu Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Cisna bezpodstawnie odrzucił jego ofertę i tym samym naruszył art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 i 2 pkt 3, art. 7 ust. 1, 3, art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp. Wykonawca stwierdził również, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku poprzez brak uzyskania zamówienia., albowiem na skutek wadliwych czynności podjęte pozbawiono Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia, naruszając jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie powtórzenia czynności oceny i badania ofert, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a następnie wybór na realizację zamówienia oferty Odwołującego. W uzasadnieniu odwołania podał, że (...) Pismem z dn. 01.07.2013 r. znak: SA-2710-9-2013 Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. „NOVUM” Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego powołując się na art. 89 ust. 1 pkt. 2 u.p.z.p”. Dalej podał, że Zamawiający stwierdził, że treść oferty nie odpowiada SIWZ, ponieważ z oferty nie wynika, że zaoferowany kocioł odpowiada treści SIWZ. Wykonawca podniósł, że (...) Odwołujący poczynił wiele starań dla potrzeby złożenia oferty, która w pełni odpowiada warunkom zamówienia opisanym przez Zamawiającego w SIWZ między innymi dokładna wizja lokalna, zebranie wielu ofert od dostawców kotłów i ich typów. Cena oferty została skalkulowana rzetelnie w oparciu o wszystkie założenia zawarte w SIWZ i wyjaśnieniach do nich, po dobraniu kotła firmy HERZ model BioFire BIOCONTROL 500. W trakcie składania oferty Odwołujący omyłkowo załączył dokumenty na inny typ kotła tj. kocioł firmy HERZ model Bio Matic BIOCONTROL 500. Mając na uwadze, że Odwołujący w treści oferty pkt. 6 i 8 str. 5 wyraźnie oświadcza, że zapoznał się z warunkami SIWZ i przyjmuje je bez zastrzeżeń oraz wykona cały przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ, czyli

składa na podstawie tych warunków oświadczenie woli, co do zgodności treści oferty z warunkami SIWZ, Zmawiający w przypadku wątpliwości, co do złożonej oferty miał obowiązek na podstawie art. 26 ust. 3 u.p.z.p. wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i różnic z niej wynikających tj. złożenia oświadczenia woli a załączonymi omyłkowo danymi technicznymi kotła. Wiadomym jest, co utarło się też w orzecznictwie KIO, że Wykonawca przystępując do przetargu publicznego składa wszelkie oświadczenia i załączniki w myśl zasady uzyskania zamówienia a nie pozbawienia się go poprzez odrzucenie jego oferty lub wykluczenie. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał obowiązku wyjaśnienia treści najkorzystniejszej cenowo oferty pozbawiając tym samym Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku gdyby Zamawiający działał zgodnie z u.p.z.p. i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia, co do rozbieżności treści oferty uzyskałby informację od Odwołującego, że oferta została skalkulowana w oparciu o kocioł firmy HERZ model BioFire BIOCONTROL 500 zgodnie z wszystkimi założeniami SIWZ i w oparciu o taki kocioł zostanie zrealizowane zamówienie (dane techniczne kotła w załączeniu - załącznik nr 1 do odwołania) za cenę proponowaną w ofercie". Jego zdaniem (...) Zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego i wyborem oferty o ok. 200.000,00 zł wyższą, co przy obecnym stanie finansów publicznych jest bezpodstawnym dodatkowym wydatkiem. W świetle powyższego, odwołanie niniejsze winno zostać uwzględnione, a Zamawiającemu należy nakazać powtórzenie czynności wyboru oferty w tym wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie, jako oczywiście bezzasadnego, podkreślając, że instytucja uzupełniania dokumentów nie może prowadzić do zmiany treści oferty. W tym przypadku zwrócił uwagę na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który w sposób wyraźny stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym, a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz dokonywanie zmian w jej treści innych niż poprawianie oczywistych omyłek. Dalej podał, że (...) Odwołujący z formalnego punktu widzenia złożył prawidłową ofertę, zawierającą wszystkie określone w SIWZ dokumenty, zarówno dotyczące właściwości Wykonawcy potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty odnoszące się do przedmiotu oferty. Dlatego też, Zamawiający nie miał obowiązku wezwania go do złożenia w wyznaczonym terminie jakichkolwiek innych dokumentów składających się na treść oferty, a żądanych w SIWZ. Dalej podał, że do oferty wykonawca załączył dokumenty na kocioł firmy HERZ model BioMatic BIOCONTROL 500, który to typ kotła nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie: maksymalnej objętościowej zawartości CO<sub>2</sub>, która zawarta była w załączniku nr 1a (wymagane parametry) do SIWZ. Zamawiający dla kotła 500 kW wymaga maksymalną

objętościową zawartość CO<sub>2</sub> do 14 V%. Natomiast Odwołujący przedstawił protokół pomiarów oraz emisji do powietrza spowodowanym spalaniem paliw w kotle BioMatic 500, w którym zarówno przy mocy kotła 493 kW wartość zamierzona CO<sub>2</sub> wynosi 16 V %, jak i przy mocy kotła 512 kW wynosi 15,3 V%, co nie spełnia wymogów SIWZ oraz palnika z rusztem schodkowym chłodzonym powietrzem z odpowiednim sterowaniem układem podawania paliwa i powietrza pierwotnego i wtórnego, napędzany mechanicznie (załącznik nr 1 do SIWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy, Rozdział 1 Część opisowa, 1.2. Wskazał również, odnosząc stwierdzenia do charakterystycznych parametrów określających wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych 1.2.2. Dane wyjściowe technologii kotła), że kocioł /Hertz BioMatic 500/ zaoferowany przez Odwołującego posiada palnik retortowy z automatycznym czyszczeniem (płyta wibracyjna) co nie spełniają wymogów SIWZ. Konsekwencją wskazania przez wykonawcę w ofercie typu kotła jaki zamierza zamontować wykonując przedmiot zamówienia, podczas gdy kocioł ten nie spełnia wymogów wskazanych w SIWZ, było odrzucenie oferty zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie było podstaw do stosowania procedury wyjaśnień określonej w art. 26 ust.4 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający nie był ma uprawniony do żądania jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, a takim dokumentem byłby dokument określający parametry innego kotła niż tego, który wskazał wykonawca w ofercie. Co do zarzutu przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, oraz równego traktowania wykonawców, zamawiający stwierdził, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający tą normę naruszył. Zatem, poza stwierdzeniem, że postępowanie zostało przygotowane i przeprowadzone w sposób zgody z treścią art. 7 ustawy Pzp, Zamawiający nie może odnieść się szerzej, co do treści tego zarzutu. Podkreślił, że (...) zarówno opis przedmiotu zamówienia, jak i warunki stawiane Wykonawcom nie stanowią próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu Wykonawców. Wszyscy Wykonawcy zostali potraktowani w równy sposób przy zastosowaniu jednej miary”.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Tak jak stwierdziła Izba przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, których wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł zasadniczy zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z bezpodstawnym odrzuceniem jego oferty, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz]. Wykonawca wskazał również na nieuprawnione zaniechanie procedury wyjaśniającej, o której stanowi art. 26 ust.3 oraz art.87 ust.1, a także nieuprawnione zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w konsekwencji naruszyło zasady z e art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy.

Rozpoznając zarzuty z odwołania, Izba miała na uwadze wytyczne z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl których strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontrydiktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania.

Zdaniem Izby, wnoszący odwołanie wykonawca, w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił, że składając ofertę i dokonując kalkulacji ceny oferty, miał na uwadze inny typ kotła, aniżeli kocioł firmy HERZ model Bio Matic BIOCONTROL 500. Zatem wykonawca, jak słusznie stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie może domagać się uruchomienia procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, czy prowadzenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp i tym bardziej – w okolicznościach niniejszej sprawy domagać się poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 tej ustawy. Skutkiem uruchomienia procedury, w szczególności, w oparciu o przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp mogłaby być, co najwyżej zmiana modelu kotła, co nie jest

dopuszczalne na gruncie ustawy Pzp, albowiem intencje wykonawcy nie mogą rozstrzygać o jego oświadczeniu woli złożonym w ofercie. Wskazywany przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, kategorycznie zabrania dokonywania zmian w treści oferty, innych niż będących wynikiem poprawiania oczywistych omyłek, o których stanowi ust.2 tego artykułu. Tym samym uzupełnianie dokumentów, potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych nie może prowadzić do zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty, w szczególności, dokumenty, przedłożone w wyniku uzupełnienia, nie mogą prowadzić do zmiany zaoferowanego produktu, co w niniejszej sprawie mogłoby zaistnieć, a to stanowiłoby ewidentne naruszenie i złamanie normy z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tak jak podkreślał Zamawiający, oferta wykonawcy, pod względem formalno-prawnym zawierała wszystkie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumenty, zarówno te, dotyczące właściwości wykonawcy [potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu], jak i dokumenty odnoszące się do przedmiotu oferty, aczkolwiek te drugie – odnosiły się do produktu o innych parametrach technicznych, niż wymagany w niniejszym postępowaniu. Dlatego też, Zamawiający nie tylko nie miał obowiązku wezwania, ale również nie był uprawniony – w okolicznościach faktycznych sprawy – do kierowania wezwania do wykonawcy o zmianę – w konsekwencji - karty katalogowej dla innego modelu kotła, albowiem to w konsekwencji prowadziłoby – jak wskazywała Izba - do zmiany treści oferty. Izba podkreśla, że obowiązek dokonania poprawienia w ofercie omyłek, innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, a dotyczące niezgodności oferty ze specyfikacją, nie może powodować istotnych - zasadniczych zmian w treści oferty. Taka omyłka musi być takiego rodzaju, aby Zamawiający sam w zakresie własnej wiedzy mógł ją poprawić, bez zasięgnięcia w tym zakresie wiedzy i stanowiska wykonawcy. Tak jak słusznie wskazał Zamawiający, poprawianie omyłek może być poprzedzone wyjaśnieniem treści oferty, jednak wyjaśnienia te nie mogą wskazywać, w jaki sposób, zdaniem wykonawcy, omyłki te winny być poprawione, o ile wskazanie takie wykracza poza dokonywaną zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego wykładnię oświadczenia woli. Za taką niedopuszczalną zmianę, niemieszczącą się w normie z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznaje, co do zasady niczym nieuzasadnioną zamianę dokumentu złożonego przez wykonawcę w ofercie na inny dokument w toku składanych wyjaśnień. W konkluzji Izba stwierdza, że uzasadnioną konsekwencją, bezspornego wskazania przez Odwołującego w ofercie typu kotła, jaki zamierza zamontować, wykonując przedmiot zamówienia, [który to kocioł ten nie spełnia wymogów wskazanych w specyfikacji], było odrzucenie jego oferty zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....