

**Sygn. akt: KIO 1486/18**

**Sygn. akt: KIO 1510/18**

## **WYROK**

**z dnia 14 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2018 r. przez:

- A. **P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „OPTIMA” P.W.**, ul. Zambrowska 18 lok. 1, 16-001 Kleosin, sygn. akt KIO 1486/18,
- B. **R.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R.S.**, ul. Słowackiego 20A, 04-417 Ostrołęka, sygn. akt KIO 1510/18

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawcy **P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „OPTIMA” P.W.**, ul. Zambrowska 18 lok. 1, 16-001 Kleosin, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt. KIO 1510/18 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.

A. **uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „OPTIMA” P.W., ul. Zambrowska 18 lok. 1, 16-001 Kleosin w sprawie sygn. akt KIO 1486/18 i nakazuje zamawiającemu:**

- 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 1.2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 1.3. dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

B. **oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę: R.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R.S., ul. Słowackiego 20A, 04-417 Ostrołęka w sprawie sygn. akt KIO 1510/18,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Miasto Białystok Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok i odwołującego – R.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R.S., ul. Słowackiego 20A, 04-417 Ostrołęka i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „OPTIMA” P.W., ul. Zambrowska 18 lok. 1, 16-001 Kleosin i R.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R.S., ul. Słowackiego 20A, 04-417 Ostrołęka** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Miasto Białystok Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok** na rzecz **P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „OPTIMA” P.W., ul. Zambrowska 18 lok. 1, 16-001 Kleosin** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie sygn. akt KIO 1486/18.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1486/18**

**Sygn. akt: KIO 1510/18**

## **Uzasadnienie**

Miasto Białystok (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” pn.: „Modernizacja indywidualnych źródeł energii cieplnej lub elektrycznej w Białymstoku” (DOS-III.271.1.2018). Postępowanie zostało podzielone na części. Część II dotyczy modernizacji indywidualnych kotłowni poprzez wymianę źródeł ciepła na terenie Miasta Białystok. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 marca 2018 r. nr 2018/S 049 - 107565-2018. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 18 lipca 2018 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną oraz na swojej stronie internetowej informację o odrzuceniu ofert, złożonych w postępowaniu przez: P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „OPTIMA” P.W. oraz R.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R.S., a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

### **Sygn. akt KIO 1486/18**

W dniu 30 lipca 2018 r. P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „OPTIMA” P.W. (dalej: „Odwołujący” lub „OPTIMA”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego w postaci:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego - wskutek bezpodstawnego uznania, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny;
- 2) unieważnienia postępowania - wskutek bezpodstawnego uznania, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wskazanym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ( ad.1)
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (ad.2)

przez ich bezpodstawne zastosowanie oraz wniosł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

oraz

- 3) o dopuszczenie jako dowodu dokumentacji postępowania, której kopia stanowi akta sprawy odwoławczej - w tym w szczególności załącznika nr 7 do SIWZ w wersji pierwotnej i po zmianie SIWZ oraz oferty wykonawcy,
- 4) o zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów Odwołującego jako strony postępowania.

Odwołujący wskazał, iż wymienione przez niego naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, uniemożliwiając Odwołującemu uzyskanie zamówienia w części II. W przypadku uwzględnienia jego odwołania oferta Odwołującego w tej części zamówienia będzie jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu i będzie mogła zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca OPTIMA wskazał m.in., iż Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty podał, iż została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny z uwagi na podanie w formularzu ofertowym dwóch cen jednostkowych za instalację kotła o mocy do 49 kW tj. 45 000,00 zł w odniesieniu do budynków o powierzchni do 300 m<sup>2</sup> oraz 46 000,00 zł w odniesieniu do budynków o powierzchni 320 m<sup>2</sup>, z których pierwszą przemnożył przez 6 szt., natomiast druga miałaby dotyczyć pozostałych 2 szt. kotłów. Zdaniem Zamawiającego zgodnie z zamieszczonym na stronie bip formularzem ofertowym wymagał on wskazania jednej ceny jednostkowej netto za instalację 1 szt. kotła o mocy do 49 kW, bez względu na powierzchnie budynków. W związku z tym, iż Zamawiający uznał, iż nie ma możliwości poprawienia oferty Wykonawcy w powyższym zakresie poprzez dokonanie wyboru jednej z przedstawionych cen jednostkowych i przemnożenie jej przez wskazaną ilość 8 kotłów, oferta została odrzucona.

Odwołujący stwierdził, że cena jego oferty została obliczona prawidłowo, bez popełnienia jakiegokolwiek omyłki w obliczeniach - a tym bardziej bez popełnienia błędu w obliczeniu ceny. Cena skalkulowana w narzuconym przez Zamawiającego formularzu ofertowym obejmuje cały przedmiot zamówienia. Obliczenia tej ceny dokonano zgodnie z formularzem ofertowym, zachowując właściwe jednostki miar oraz ilości podane przez Zamawiającego w narzuconym wzorze. Zgodnie z postanowieniami narzuconymi w SIWZ przez Zamawiającego, obliczona

cena nie obejmowała podatku VAT - niemożliwe były zatem popełnienie błędu w obliczeniu ceny w zakresie stawki lub kwoty tego podatku. W związku z powyższym, oferta Odwołującego nie zawierała w ogóle błędu w obliczeniu ceny, a uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego nie dowodzi aby było inaczej. Oferta Odwołującego nie mogła zatem podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, na który wskazał Zamawiający w uzasadnieniu swojej czynności.

Zdaniem Odwołującego, wada jakiej Zamawiający upatruje w ofercie Odwołującego nie polega na błędzie w obliczeniu ceny. Zamawiający w istocie zarzuca tej ofercie, że przy jej sporządzaniu Odwołujący nie zastosował się do postanowień SIWZ, dotyczących sposobu obliczenia ceny - wpisując w dwóch wierszach tabeli dwie różne ceny jednostkowe, podczas gdy zdaniem Zamawiającego powinna być tam jedna cena. W razie jej wystąpienia, taka wada oferty oznaczałaby niezgodność treści oferty z treścią SIWZ - a to z kolei stanowiłoby podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie powołał się jednak na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z czym ewentualna zasadność zastosowania tego przepisu nie powinna być przedmiotem rozpoznania we wszczętym obecnie postępowaniu odwoławczym. Odwołujący z góry zaprzeczył jednak podstawom zastosowania także i takiej podstawy odrzucenia jego oferty. Działając z ostrożności procesowej, a także mając już teraz na uwadze przyszłe czynności, które Zamawiający miałby powtórzyć wskutek uwzględnienia odwołania, Odwołujący już w tym momencie i w ramach wszczętego postępowania odwoławczego oświadczył, że podejmuje polemikę z potencjalnymi argumentami Zamawiającego, co do możliwości odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przedstawiając stosowną argumentację.

Następnie Odwołujący zauważył, iż okoliczności wskazane przez Zamawiającego jako powód odrzucenia jego oferty nie mają pokrycia w stanie faktycznym sprawy, w szczególności w postanowieniach SIWZ. Zamawiający nie wymagał bowiem w SIWZ wskazania jednej ceny jednostkowej netto za instalację 1 szt. kotła o mocy do 49 kW dla 8 sztuk kotłów. W rzeczywistości Zamawiający wymagał w formularzu ofertowym wskazania ceny jednostkowej netto za modernizację jednej kotłowni, w tym instalację jednego kotła o wskazanej mocy dla 6 sztuk instalacji w budynkach o powierzchni do 300m<sup>2</sup> (cena jednostkowa C5) oraz 2 sztuk instalacji w budynkach o powierzchni 320m<sup>2</sup> (cena jednostkowa C6). Nie jest prawdą, że Zamawiający wymagał wskazania jednej ceny jednostkowej dla wszystkich instalacji z wykorzystaniem kotłów o mocy do 49kW - przeciwnie, zarówno w formularzu ofertowym jak i we wzorze umowy Zamawiający przewidywał stosowanie dwóch cen jednostkowych, zarówno przy obliczeniu ceny oferty jak i

przy obliczeniu należnego wynagrodzenia wykonawcy zamówienia. Treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego w świetle zacytowanego wyżej uzasadnienia, czynność Zamawiającego zdaje się opierać na treści wzoru obowiązującego przy sporządzaniu oferty (załącznika nr 7 do SIWZ „Formularz ofertowy”) w jego pierwotnym brzmieniu. Tymczasem w toku postępowania, w dniu 26.04.2018 r., Zamawiający dokonał istotnej zmiany tego wzoru, a tym samym określił na nowo wymagany sposób obliczenia ceny. Załącznik przed zmianą rzeczywiście wymagał podania jednej ceny jednostkowej (C4) dla 8 sztuk modernizowanych instalacji (a nie za „ilość 8 kotłów”, jak podaje Zamawiający w swoim uzasadnieniu). Natomiast w nowym wzorze formularza ofertowego, w miejsce wspomnianej jednej ceny jednostkowej (C4) Zamawiający wprowadził dwie ceny jednostkowe (C5 i C6), a tym samym wymagał podania odrębnie ceny jednostkowej dla 6 sztuk instalacji w budynkach do 300m<sup>2</sup> powierzchni (C5) oraz odrębnie ceny jednostkowej dla dwóch instalacji w budynkach o powierzchni 320m<sup>2</sup> (C6).

Wykonawca OPTIMA podkreślił, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie dostrzega skutków w ogóle swojego oświadczenia woli polegającego na zmianie SIWZ i powołuje się najwyraźniej na jakieś „restrictio mentalis”, które nie ma odzwierciedlenia w treści tego oświadczenia. Skutkiem błędnych mniemań Zamawiającego co do własnego oświadczenia o zmianie SIWZ dokonane zostały czynności niezgodne z przepisami ustawy Pzp, będące przedmiotem zarzutów odwołania. Natomiast okoliczności sprawy przedstawiają się tak, że zgodnie z postanowieniami Rozdziałem XVIII ust. 3 SIWZ (które nie uległy zmianie w toku postępowania), Zamawiający określił, iż dla porównania ofert Zamawiający przyjmie cenę ofertową netto, wskazaną w formularzu ofertowym, obliczoną zgodnie ze szczegółowym formularzem cenowym - załącznik nr 7 do SIWZ. Sposób obliczenia ceny ofertowej został zatem określony w SIWZ w sposób lakoniczny, poprzez odesłanie do wzoru z załącznika. Zamawiający nie określił w Rozdziale XVIII żadnych wymagań lub zakazów specyficznych dla udzielanego zamówienia. Zamawiający w szczególności nie nakazał stosowania jednakowych cen jednostkowych dla modernizacji kotłowni z instalacją kotła z tego samego przedziału mocy w przypadku budynków z różnych grup (tj. z podziałem na budynki do 300m<sup>2</sup> oraz większe).

Odwołujący w ujęciu tabelarycznym przedstawił treść załącznika nr 7 do SIWZ, do którego odsyłał ww. zapis w Rozdziale XVIII SIWZ, w odniesieniu do wymaganego sposobu obliczenia ceny oferty w Części II zamówienia w dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz po zmianie dokonanej w dniu 26 kwietnia 2018 r. w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców. Odwołujący podał, iż pierwotnie Zamawiający wymagał odnośnie „modernizacji jednej kotłowni przy mocy kotła 13kW-49kW” podania jednej ceny

jednostkowej (C4) - jednakowej dla 8 sztuk instalacji, przy czym nie była to zryczałtowana cena jednostkowa „za kocioł” ale za całą modernizację jednej kotłowni (obejmującą m.in. instalację wspomnianego kotła). Natomiast w dniu 26.04.2018 r., udzielając odpowiedzi na pytanie nr 4. Zamawiający dokonał zmiany w opisie przedmiotu zamówienia, polegającej na usunięciu w PFU w cz. II - Kotły gazowe wymaganego dolnego zakresu mocy kotłów gazowych. Ponadto, udzielając odpowiedzi na pytanie nr 8 Zamawiający potwierdził, że to Zamawiający jest obowiązany do odprowadzenia podatku VAT - w związku z czym bezprzedmiotowe stało się składanie w tym zakresie oświadczeń przez wykonawców w ich ofertach. Zamawiający dokonał równocześnie zmiany załącznika nr 7 - Formularz ofertowy, usuwając z niego wspomniane oświadczenie wykonawców oraz - w ślad za zmianą w opisie przedmiotu zamówienia - wymagane moce minimalne kotłów. Dodatkowo jednak i bez wyraźnego uzasadnienia powodów tej zmiany, Zamawiający zmienił także treść i kształt tabeli, która określała wymagany sposób obliczenia ceny oferty w Części II zamówienia. W miejsce wyliczonej poprzednio jednej ceny jednostkowej C4 Zamawiający wprowadził dwie pozycje: C5 i C6. Analogiczna zmiana nastąpiła także we wzorze umowy - w zakresie sposobu obliczenia należnego wynagrodzenia wykonawcy. W § 10 „Wynagrodzenie” w ust. 5 zapisano m.in.: 5. Wynikające ze złożonej oferty ceny jednostkowe wynoszą: (...) 5) *cena jednostkowa netto za modernizację jednej kotłowni poprzez wymianę źródeł ciepła, w tym za wykonanie jednej instalacji jednofunkcyjnego kotła gazowego kondensacyjnego o mocy do 49 kW o parametrach wskazanych w rozdz. U.2.5.4 PFU, w budynkach o powierzchni użytkowej do 300 m<sup>2</sup> w wysokości: ...zł, podatek VAT, cena jednostkowa brutto w wysokości...zł;* 6) *cena jednostkowa netto za modernizację jednej kotłowni poprzez wymianę źródeł ciepła, w tym za wykonanie jednej instalacji jednofunkcyjnego kotła gazowego kondensacyjnego o mocy do 49 kW o parametrach wskazanych w rozdz. II.2.5.4 PFU, w budynkach o powierzchni użytkowej 320 m<sup>2</sup> w wysokości: ...zł, podatek VAT..%, cena jednostkowa brutto w wysokości...zł;* Cena jednostkowa z § 10 ust. 5 pkt 5 zmienionego wzoru umowy odpowiada cenie jednostkowej C5 z formularza ofertowego, zaś cena jednostkowa z § 10 ust. 5 pkt 6 - cenie C6. Zamawiający rozróżnił tym samym - zarówno na etapie ofertowania jak i na etapie rozliczenia zamówienia - ceny jednostkowe instalacji z wykorzystaniem kotła o mocy do 49kW w budynkach o powierzchni do 300m<sup>2</sup> oraz o powierzchni 320m<sup>2</sup>.

Zdaniem Odwołującego ani udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi ani też żadne inne jego oświadczenia nie wskazały powodu dokonania zmiany kształtu tabeli i zwiększenia ilości pozycji (wierszy). Jakikolwiek były zatem zamierzone intencje Zamawiającego, nie zostały one ujawnione wykonawcom. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 56 KC oraz 65 § 1 KC stosowanym w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, czynność prawna wywołuje przede



wszystkim skutki w niej wyrażone, zaś będące jej składnikiem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Dokonana zmiana SIWZ nie może być zatem interpretowana przez Zamawiającego w świetle jego nieujawnionych zamiarów - powinna być odczytana w sposób obiektywny, zgodnie z jej treścią – tak, jak zrobił to Odwołujący - jako zamiar wyodrębnienia dwóch cen jednostkowych dla celów sporządzenia oferty i rozliczenia zamówienia. Z punktu widzenia wykonawcy bowiem, wobec zbieżnych postanowień wzoru umowy i formularza ofertowego, w miejsce jednej ceny jednostkowej wymaganej do wpisania pierwotnie (C4), wskutek zmiany, pojawiły się do wpisania dwie ceny jednostkowe (C5 i C6). Jednakowa wymagana moc kotła dotycząca instalacji w obu pozycjach C5 i C6 sama z siebie nie przesądza przy tym, aby obie ceny jednostkowe C5 i C6 miały być równe. Przeciwnie - nawet zryczałtowany charakter cen jednostkowych w budynkach danej kategorii (pod względem powierzchni) nie przekreśla okoliczności, że w budynkach większych (o powierzchni 320m<sup>2</sup>) instalacja grzewcza w kotłowni wycenianej do modernizacji przy tej samej mocy kotła podlegać może większym obciążeniom (większa pojemność instalacji grzewczej w budynku) oraz większym ryzykom awarii, co wpływa z kolei na koszty wykonania zamówienia i powinno być możliwe do uwzględnienia w oferowanej cenie jednostkowej.

Odwołujący wskazał dodatkowo na aspekt zasady przejrzystości działania instytucji zamawiających, przypomniany przez Trybunał Sprawiedliwości UE w niedawnym orzeczeniu z 13 lipca 2017 r. w sprawie Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z.o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (sygn. C-35/17). Sprawa dotyczyła wprawdzie podstaw wykluczenia wykonawcy, ale sentencję tego orzeczenia można z pewnością odnieść także do podstaw odrzucenia oferty wykonawcy: Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.

W ocenie wykonawcy OPTIMA ewentualne nieścisłości wzorów narzucanych przez Zamawiającego, jak też przyjęte przez niego założenia, które nie zostały wyraźnie odzwierciedlone w dokumentacji przetargowej, nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy działającego z ogólnie wymaganą, należytą starannością.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił

wykonawca R.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ASH R.S., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

### **Sygn. akt KIO 1510/18**

W dniu 30 lipca 2018 r. R.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: ASH R.S. (dalej: „Odwołujący” lub „ASH”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego,
- 2) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) unieważnieniu postępowania ze względu na brak złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie jego oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- 2) art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania ze względu na brak złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez odwołania i jego uwzględnienie,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,

a w jej następstwie:

- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Wykonawca ASH wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, która w przypadku uwzględnienia odwołania powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a samo postępowanie nie powinno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. W wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego i odrzuceniu oferty Odwołującego, oferta ta nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż zgodnie z informacją z sesji otwarcia ofert z dnia 17 maja 2018 r., w Części II postępowania oferty złożyli Odwołujący oraz Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „OPTIMA” P.W. z siedzibą w Kleosinie. Oferta złożona przez Odwołującego była korzystniejsza cenowo, przy zachowaniu tożsamyh specyfikacji w odniesieniu do okresu gwarancji, jak i czasu reakcji serwisu w okresie zimowym. W ramach wezwania z dnia 7 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę m.in. do złożenia aktualnych zaświadczeń/certyfikatów zgodności wydanych przez akredytowaną jednostkę certyfikującą potwierdzające zgodność oferowanego kotła gazowego z normami i parametrami podanymi w PFU (załącznik nr 1 do SIWZ) wraz ze sprawozdaniem z badań przeprowadzonych przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą (w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem). Pismem z dnia 18 czerwca 2018 r. Odwołujący dostarczył dokumenty potwierdzające spełnienie przez niego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Następnie, pismem z dnia 3 lipca 2018 r., w związku z tym, iż zdaniem Zamawiającego, z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego nie wynika czy kotły gazowe wskazane w dokumentach są zgodne z normami i parametrami wskazanymi w PFU, z uwzględnieniem różnych mocy kotłów przewidzianych do realizacji zamówienia, wezwał on ponownie do potwierdzenia spełnienia warunku określonego w rozdziale X SIWZ, w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do wymogów wskazanych w PFU, tj. programie funkcjonalno-użytkowym.

W odpowiedzi z dnia 10 lipca 2018 r. Odwołujący wskazał, iż jako autoryzowana firma serwisowa i instalacyjna wiodących marek kotłów gazowych, informuje, iż zgodnie z polskim prawem, nie ma obowiązku badania/certyfikowania kotłów gazowych przez akredytowane jednostki certyfikujące i badawcze. Jedynym dokumentem dopuszczającym kocioł gazowy do obrotu na rynku polskim jest Deklaracja Zgodności producenta oraz znak CE. Ponadto Odwołujący oświadczył, iż dołączył stosowne certyfikaty zgodności w formie Deklaracji Zgodności, w odniesieniu do zaproponowanych urządzeń. Powyższe dokumenty potwierdzają zgodność parametrów kotłów z normami lub normami równoważnymi, wydanymi przez właściwą jednostkę certyfikującą, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Również w piśmie z dnia 10 lipca 2018 r., Odwołujący stwierdził, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytania nr 4 i 41 z dnia 26 kwietnia 2018 r., dołączoną do dokumentacji przetargowej Zamawiający zgodził się na usunięcie mocy minimalnej kotła z PFU i potraktowanie go jako parametru nieistotnego dla Zamawiającego oraz zgodził się, że nie jest wymagany tak głęboki zakres modulacji kotła w budynkach istniejących. Biorąc to pod uwagę, Odwołujący uznał, iż nie należy też oceniać kotła pod kątem modulacji w zakresie 1:10, ponieważ wynika ona wprost z mocy maksymalnej i mocy minimalnej, którą to

wyłączono z oceny. Ze względu na powyższe, Odwołujący zaproponował jako kotły spełniające wymogi PFU, w zakresie maksymalnej nominalnej mocy kotła do 19 kW, do 26 kW oraz do 35 kW kotły: Viessmann Vitodens 222-W i Viessmann Vitodens 111-W.

Odwołujący podał, iż w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający stwierdził, iż oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający uznał, iż nie odpowiadała treści SIWZ. Jak wskazał Zamawiający: „Wykonawca złożył dokumenty dotyczące proponowanych do zastosowania przy realizacji zamówienia urządzeń z podziałem na moce kotłów, jednak:

- przy mocy kotłów do 19 kW, do 26 kW i do 35 kW - zaoferował po dwa urządzenia, z których jedno, tj. Viessmann Vitodens 111-W nie spełnia wymogu dotyczącego modulacji palnika w zakresie minimum 1:10, o którym mowa w PFU, z przedłożonego dokumentu wynika, iż oferowane urządzenie posiada modulację palnika w zakresie minimum 1:4,
- ponadto przy mocy kotła do 35 kW, jedno z urządzeń tj. Viessmann Vitodens 111-W, nie spełnia wymogu dotyczącego wymaganej klasy efektywności energetycznej przy podgrzewie ciepłej wody użytkowej - z przedłożonej karty produktu wynika, iż oferowane urządzenie ma klasę efektywności energetycznej B, natomiast według wymogów wskazanych w PFU wymagało klasy A."

W ocenie Odwołującego obie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za chybione. W pierwszej kolejności, odnosząc się do zaoferowania dwóch różnych urządzeń, Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ treść oferty nie może zawierać nazwy konkretnego modelu, czy też producenta danego urządzenia. Załącznik nr 7 do SIWZ stanowił Formularz ofertowy, który w części II „Modernizacja indywidualnych kotłowni poprzez wymianę źródeł ciepła na terenie Miasta Białystok", w tabeli nr 2, wymagał aby wykonawcy wskazali, moc kotła, cenę jednostkową netto za modernizację jednej kotłowni, w tym instalację jednego kotła o podanej w kol. 2 mocy oraz parametrach określonych w rozdz. 11.2.5.4 PFU, ilość sztuk oraz cenę łączną netto. W ślad za powyższym, Odwołujący potwierdził w ofercie parametry, które jego zdaniem spełniały dwa różne urządzenia: Viessmann Vitodens 111-W oraz Viessmann Vitodens 222-W, co też oświadczył w ramach wyjaśnień udzielanych Zamawiającemu w toku postępowania. Pomimo, iż zdaniem Zamawiającego, jeden z zaproponowanych przez Odwołującego kotłów nie spełniał niektórych wymogów wskazanych w dokumentacji przetargowej, drugie zaproponowane urządzenie, tj. Viessmann Vitodens 222-W spełniał wszystkie wspomniane powyżej wymogi. To właśnie ze względu na powyższy fakt, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia jego oferty tylko na podstawie tego, że urządzenie Viessmann Vitodens 111-W nie spełniało

wymogów co do zakresu modulacji. W piśmie z dnia 10 lipca 2018 r., Odwołujący jasno wskazał, iż jako że w jego mniemaniu oba zaproponowane urządzenia spełniają wymogi nałożone w postępowaniu, przedstawił on oba wskazane kotły, jako spełniające wymagania PFU. Skoro Zamawiający uznał, że Viessmann Vitodens 111-W nie posiada wymaganej modulacji palnika oraz klasy efektywności energetycznej, mógł oświadczyć Odwołującemu, iż w oparciu o powyższe, urządzeniem zastosowanym w ramach realizacji zamówienia winien być Viessmann Vitodens 222-W, który spełnia wszystkie wymogi wskazane w SIWZ. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 3 marca 2011 r. (KIO 330/11), w którym Izba stwierdziła: *„odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa. Zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach przepisów ustawy Pzp, w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, co w pełni koresponduje z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych.”*

Wykonawca ASH podkreślił, że w Formularzu ofertowym składanym przez Wykonawców w ramach postępowania, wskazywane były jedynie określone dane techniczne urządzenia, a nie dane dotyczące określenia konkretnego modelu kotła. Odwołujący uznał, że wymogi wskazane w ofercie spełniają dwa kotły producenta Viessmann i w ślad za powyższym zaproponował Zamawiającemu wybór najbardziej odpowiadającego mu urządzenia. Jednocześnie, powyższe działanie Odwołującego nie miało żadnego wpływu na cenę, czy też inne elementy oferty. Nawet w przypadku, gdyby uznać, iż w związku z powyższym działaniem oferta Odwołującego zawierała omyłkę, to zgodnie z orzeczeniem KIO, przyjmuje się możliwość poprawienia treści oferty odnoszących się bezpośrednio do essentialia negotii - poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian (KIO 2813/12). Powyższe odnosi się do faktu, iż złożona w toku postępowania oferta, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie może podlegać rozszerzeniu, a w szczególności nie mogą zostać do niej dodane nowe elementy, które nie znajdowały się w treści pierwotnej oferty. Wyrok KIO 2813/12 potwierdza fakt, iż a contrario, działanie polegające na ograniczeniu zakresu złożonej oferty, nie podlega tak rygorystycznym ograniczeniom.

Zastosowanie przez Zamawiającego instytucji przewidzianej w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego, jest niewłaściwe i nie znajduje oparcia w bogatej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 15 września 2011 r., w którym Izba stwierdziła: *„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie*

*sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami SIWZ"( KIO 1871/11).*

Zdaniem Odwołującego w analizowanej sprawie nie ma możliwości stwierdzenia, iż oferta została sporządzona i przedstawiona w sposób niezgodny z SIWZ. Odwołujący złożył bowiem dokument oferty zgodnie z wymogami przedstawionymi przez Zamawiającego w treści dokumentacji przetargowej. Ponadto, urządzenie Viessmann Vitodens 222-W zaproponowane przez Odwołującego, spełnia wszelkie wymogi określone w PFU Postępowania. Tym samym, nie może mieć znaczenia, iż drugie zaproponowane urządzenie uchybia regulacjom dotyczącym głębokości oczekiwanej modulacji. Zamawiający mógł bowiem w odpowiedzi na pismo Odwołującego wskazać, iż ze względu na postanowienia PFU jedynie urządzenie Viessmann Vitodens 222-W spełnia wszystkie elementy określone w SIWZ, a co za tym idzie, to właśnie ten model kotła powinien zostać wykorzystany w ramach realizacji zamówienia, w oparciu o przedłożoną ofertę. Fakt, iż jedno z urządzeń zaproponowanych przez Odwołującego w ramach korespondencji prowadzonej z Zamawiającym nie spełnia określonych parametrów technicznych, nie stanowi usprawiedliwionej podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na to, że drugie z zaproponowanych urządzeń jest w pełni zgodne z SIWZ, a w konsekwencji nie było podstawy do unieważnienia całego postępowania.

Na marginesie, Odwołujący wskazał na błędną interpretację dotyczącą wymogu posiadania wymaganej klasy efektywności energetycznej przy podgrzewie ciepłej wody użytkowej. Zamawiający jego zdaniem błędnie bowiem odczytał, że z przedłożonej karty produktu wynika, iż oferowane urządzenie ma klasę efektywności energetycznej B, przy czym według wymogów wskazanych w PFU wymagało klasy A. Zgodnie z dokumentacją przedłożoną przez Odwołującego w ramach korespondencji prowadzonej z Zamawiającym, przedstawione zostały odpowiednie karty produktu potwierdzające, iż urządzenie Viessmann Vitodens 111-W posiada klasę efektywności energetycznej A, zgodnie z wymogami SIWZ.

Najprawdopodobniej Zamawiający błędnie odczytał jedną z załączonych kart produktu, uznając, że wskazuje ona na fakt posiadania przez kotła klasy efektywności energetycznej B, kiedy to dana karta odnosiła się do zestawu urządzeń, a nie do samego kotła. Odwołujący załączył do odwołania m.in. Ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, Załącznik nr 7 do SIWZ- Formularz ofertowy, informację z sesji otwarcia ofert z dnia 17 maja 2018 r., wezwanie z dnia 7 czerwca 2018 r., pismo Odwołującego z dnia 18 czerwca 2018 r., wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lipca 2018 r., pismo Odwołującego z dnia 10 lipca 2018 r., informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 18 lipca 2018 r., karty produktu urządzenia Viessmann Vitodens 111-W.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tym dniu, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „OPTIMA” P.W., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu w dniu 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

**Po zapoznaniu się z treścią SIWZ oraz treścią ofert złożonych w postępowaniu, przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania nie zawierają braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących ich odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie.

Odwołujący legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. W odniesieniu do każdego z odwołań, została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Każdy z Odwołujących złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku potwierdzenia zasadności zarzutów ich odwołania, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem zamówienia przez tego wykonawcę.

W ocenie Izby wykonawca OPTIMA (dalej także: „Przystępujący”), zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt 1510/18, wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania*

*odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. W związku z tym wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikiem.*

Natomiast wykonawca ASH, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt 1846/18, nie uczynił tego skutecznie, z uwagi na brak przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Zamawiającemu i Odwołującemu, co jest wymagane stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp,. W związku z tym wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postępowania.

#### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Opisy stanu faktycznego zawarte w odwołaniach znajdują potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Wymagają one zatem jedynie częściowego przytoczenia przez Izbę.

Jak wynika z protokołu postępowania, w części II postępowania zostały złożone dwie oferty przez wykonawców: P.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „OPTIMA” P.W. oraz R.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R.S.. Oferty różniła cena. Okres gwarancji oraz czas reakcji serwisu w okresie zimowym w każdej z ofert był taki sam. Każda z ofert została odrzucona przez Zamawiającego, w następstwie czego Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

##### **Sygn. akt 1486/18**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja 225 kotłowni poprzez montaż kotłów zgodnie ze tabelą, wskazaną na stronie 38 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ

Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ przygotowany przez Zamawiającego w pierwotnym brzmieniu zawierał tabelę do uzupełnienia w części przez wykonawców, zawierającą jedną pozycję (C4) dotyczącą 8 sztuk kotłów o mocy do 49 KW. Tabela ta nie przewidywała kolumny, wskazującej powierzchnie budynków, w których zostaną zmodernizowane kotłownie, natomiast w wyniku zmiany wprowadzonej przez Zamawiającego, do tabeli została wprowadzona taka kolumna. Ponadto w odniesieniu do mocy kotła 49 KW zostały wprowadzone dwie pozycje: C5, dotycząca budynków o powierzchni do 300 m<sup>2</sup> – dla 6 sztuk kotłów i C6, dotycząca budynków o powierzchni do 320 m<sup>2</sup>, przy czym została ona ujęta w dwóch wersach, każdy



dla 1 sztuki kotła. Tabela zawarta w formularzu ofertowym po zmianach zawiera 6 kolumn: 1. Lp. – w tym m.in. C5 i C6, 2. moc kotła, 3. powierzchnia budynków, w których zostaną zmodernizowane kotłownie, 4. Cena jednostkowa netto za modernizację jednej kotłowni, w tym instalację jednego kotła, o wskazanej w kol. 2 mocy oraz parametrach określonych w rozdz. II.2.5.4 PFU\*\*, 5. Ilość sztuk, 6. Cena netto\*\* (kol.4x5). Podane przypisy zawierają informację, iż cena uwzględnia wszystkie wymagania stawiane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), w tym w szczególności: wykonanie projektów, prace demontażowe, zakup i dostawę urządzeń i oprzyrządowania, roboty montażowe i instalatorskie, szkolenia użytkowników, serwis w okresie gwarancji. Wykonawcy mieli za zadanie wypełnić kolumny 4 i 6 oraz pozycję „Razem”. Pozostałe dane zostały wstawione przez Zamawiającego. Zamawiający w kolumnach do wypełnienia przez wykonawców wstawił zacienione: „.....zł”. W odniesieniu do pozycji C5 i C6 w kolumnie 4. istnieje tylko jeden taki zacieniony, zamieszczony na pierwszej stronie w poz. C5, natomiast w kolumnie 6. istnieją trzy takie zapisy: jeden w odniesieniu do C5 i sześciu sztuk kotłów i po jednym w odniesieniu do jednej sztuki w C6. Forma papierowa wzoru formularza ofertowego, znajdująca się w aktach sprawy, zawiera tę tabelę na dwóch stronach, pomiędzy C5 a C6 występuje linia, analogicznie wyglądająca jak m.in. linie podziału lub linia zewnętrzna tabeli.

Odwołujący w swojej ofercie, gdzie ww. tabela przedstawia się jak we wzorze, w kolumnie 4. w poz. C5 wstawił 45 000,00 zł i w C6 46 000,00 zł, zaś w kol. 6 w C5 wstawił kwotę wynikającą z przemnożenia ceny jednostkowej przez 6, natomiast w C6 w obydwu miejscach wstawił kwotę jednostkową taką jak w kol.4 (X1).

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest to, czy Odwołujący, wstawiając inne ceny w poz. C5 i C6 popełnił błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę tego wykonawcy i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Na wstępie należy zauważyć, iż z uwagi na brak definicji błędu w ustawie Pzp, należy, stosownie do art. 14 ust. 1 tej ustawy, poszukiwać jego definicji w Kodeksie cywilnym. Z art. 84 § 2 k.c. wynika, iż chodzi o błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, skutkiem czego nastąpiło np. przyjęcie w kalkulacji ceny niewłaściwych danych. W przedmiotowej sprawie nie zostało wykazane, aby cena oferty wykonawcy OPTIMA nie uwzględniała cech, pełnego zakresu czy warunków realizacji zamówienia. Odwołujący uwzględnił w swojej ofercie wynagrodzenie za modernizację kotłowni, w tym instalacje 8 kotłów o mocy 49 kW, cenę różnicując w zależności od powierzchni budynków, w których mają być przeprowadzone. Argumentacja przedstawiana przez Zamawiającego dotyczy w rzeczywistości formy uzewnętrznienia sposobu kalkulacji ceny przez Odwołującego, a nie błędu w jej obliczeniu.

W ocenie Izby okoliczności przedmiotowej sprawy, w tym wymogi SIWZ oraz treść oferty wskazują, iż oferta Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, wskazanego przez Zamawiającego.

Jak wynika z treści formularza cenowego i co nie jest sporne pomiędzy stronami, cena jednostkowa podawana przez wykonawców w kol. 4. tabeli formularza ofertowego za modernizację jednej kotłowni jest ceną ryczałtową, obejmującą, jak wynika z ww. przypisu do tabeli, wszystkie koszty związane z realizacją tej modernizacji. Oznacza to, że modernizacja jednej kotłowni, a nie - jak zostało podane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty – instalacja kotła o mocy 49 kW, powinna być wykonana za podaną w kol. 4 cenę. Ani SIWZ ani jej załącznik w postaci formularza ofertowego nie zawierają stwierdzenia, że wykonawca musi zaoferować jedną cenę dla modernizacji jednej kotłowni o danej mocy, bez względu na to jakiej powierzchni budynku dotyczy. W ocenie Izby, wskazywane w toku postępowania odwoławczego przez Zamawiającego okoliczności, przemawiające, jego zdaniem, za istnieniem takiego wymogu, są nieprzekonywujące, nadto wskazują, że zarzut Zamawiającego sprowadza się do formalnego aspektu dotyczącego sposobu wypełnienia tabeli, a nie błędnego określenia ceny oferty.

Argument podnoszony na rozprawie, dotyczący jednokrotnego użycia zacytowanego zapisu: „.....zł” w kolumnie 4., przy wyraźnym umieszczeniu tego zapisu na pierwszej stronie na poziomie C5, jest nietrafiony. Analizując wygląd tabeli, można bowiem również przyjąć, iż nastąpiło omyłkowe jego pominięcie na drugiej stronie tabeli, tym bardziej, że w kol. 6 występuje w trzech wersach ( dwa z nich dotyczą powierzchni do 320 m<sup>2</sup>). Nadto umożliwienie wykonawcom wypełnienia tych pozycji, w taki sposób, aby C5 i C6 zawierały różne ceny, nie pozwala na uznanie, że wykonawcy za sprawą zastosowanego zacytowanego zapisu: „.....zł” mieli jasny zakaz zróżnicowania cen w zależności od powierzchni budynków, w których mają być zainstalowane kotłownie. Jak na rozprawie oświadczył Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, wypełniając komputerowo formularz ofertowy, pobrany ze strony internetowej Zamawiającego, po wstawieniu ceny w poz. C5 nie miał żadnych trudności z wstawieniem ceny również w poz. C6.

W ocenie Izby, jeśli Zamawiający z jakiegoś powodu nie chciał dopuścić do uzewnętrznienia sposobu kalkulacji ceny w zależności od powierzchni budynków w poz. C5 i C6, to przy konstruowaniu zmiany tabeli powinien zamieścić jednoznaczny wymóg w tym zakresie np. w kol. 4, lub dodatkowy przypis, a także zablokować możliwość podania więcej niż jednej ceny w tej kolumnie w odniesieniu do poz. C5 i C6.

Wbrew stanowisku Zamawiającego z odesłania do instalacji kotłów o wskazanej mocy, wskazanego w tytule kol. 4, nie można wywieść takiego zakazu. Wykonawcy wyceniali

bowiem modernizację kotłowni, w tym instalację kotła o określonej mocy, przy czym po zmianie formularza zostało wprowadzone rozbieżne na dwie pozycje takiej mocy, ze wskazaniem różnej powierzchni budynków. Również, w ocenie Izby, takiego zakazu nie można wywieść z uwagi dotyczącej podatku VAT, zamieszczonej pod tabelą w brzmieniu: *„Uwaga: W zakresie dostawy i montażu instalacji na budynkach mieszkańców stanowiących obiekty objęte społecznym programem mieszkaniowym, o których mowa w art.41 ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług zastosowanie ma stawka podatku 8%, zgodnie z art.41 ust.2 w związku z art.146a pkt 2 ustawy. Natomiast w przypadku realizacji projektu w takich obiektach o powierzchni przekraczającej limity określone w ust. 12b, tj. 300 m<sup>2</sup>, zastosowanie ma podatek w wysokości 8% tylko do części podstawy opodatkowania odpowiadającej udziałowi powierzchni użytkowej kwalifikującej do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w całkowitej powierzchni użytkowej budynku. W pozostałej części podstawy opodatkowania należy zastosować stawkę w wysokości 23%. Stawka podatku VAT w wysokości 23% zostanie zastosowana również w innych przypadkach, gdy dany obiekt (lub jego część) nie będzie objęty społecznym programem mieszkaniowym, o którym mowa w art. 41 ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług.* Także argumentacja wywodzona z brzmienia § 2 ust. 3 umowy nie przemawia za tym, iż wprowadzony został do umowy nakaz podania jednej ceny w odniesieniu do jednej mocy kotła bez względu na powierzchnię budynku. Przepis ten wskazuje bowiem na zakres przedmiotu zamówienia, a nie sposób kalkulacji i przedstawienia ceny. Nadto w przedstawionej nim tabeli, występuje rozbieżne planowanych instalacji według powierzchni budynków do 300 m<sup>2</sup> i do 320 m<sup>2</sup>. Natomiast z § 10 ust. 5 pkt 5 i 6 wynika, iż w umowie występują dwie ceny w odniesieniu do modernizacji kotłowni przez wymianę źródeł ciepła, w tym za wykonanie jednej instalacji jednofunkcyjnego kotła gazowego o mocy do 49 kW, z zaznaczeniem powierzchni użytkowej budynków: do 300m<sup>2</sup> - pkt 5 i do 320 m<sup>2</sup> - pkt 6. Z postanowienia tego nie wynika, że różnice tych cen mogą dotyczyć jedynie stawki, a w konsekwencji kwoty podatku VAT.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, z którego wynika, że wprowadzenie przez Zamawiającego w zmienionej tabeli, obejmującej dodatkową kolumnę dotyczącą powierzchni budynków, w których zostaną zmodernizowane kotłownie, zawierającej podział na pozycje nie tylko z uwagi na moc kotłów, ale też z uwagi na powierzchnie budynków, bez jednoczesnego podania wykonawcom powodów tej zmiany i bez jednoznacznego wprowadzenia nakazu podania w kol. 4. jednej ceny dla poz. C5 i C6, pozwalało na przyjęcie, iż wskazanie różnych cen jest uzasadnione, tym bardziej, jeżeli istnieje powód ich zróżnicowania, np. ten podany w odwołaniu. Wskazują na to także korespondujące ze zmienioną treścią tabeli postanowienia § 10 ust. 5 wzoru umowy, przytoczone przez Odwołującego w odwołaniu. Postanowienia umowy oraz treść tabeli, pozwalają na przyjęcie,

iż wykonawca samodzielnie kalkulując cenę oferty, uwzględniając wszystkie wymagania SIWZ, dotyczące modernizacji kotłowni, dostrzegając podstawę do zastosowania innej ceny przy tej samej mocy kotła w odniesieniu do budynków o powierzchni do 300 m<sup>2</sup>, a innej dla budynków o powierzchni do 320 m<sup>2</sup>, może takie ceny wprowadzić do oferty, zamiast sztucznego uśredniania tych cen i formalnego podania jednej. Tym bardziej, że nie musi to wpływać na łączną cenę oferty, która jest brana pod uwagę przy ocenie ofert.

Za potwierdzeniem zasadności stwierdzenia, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny nie przemawiają także twierdzenia Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, tj. że miał na uwadze wyłącznie różne stawki podatku vat dla budynków o pow. do 300 m<sup>2</sup> i powyżej 320 m<sup>2</sup> i sformatował w ten sposób tabelę wyłącznie dla celów rachunkowych i przejrzystości, z uwagi na ewentualną zmianę danych dotyczącą powierzchni budynków, w których zostaną zmodernizowane kotłownie oraz zmianę ilości poszczególnych rodzajów instalacji w wyniku weryfikacji technicznej, dopuszczonej zapisami § 2 ust. 5 projektu umowy, stąd rozbieżność cen w § 10 Wynagrodzenie projektu umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ) w zależności od zakładanych powierzchni budynków i wynikających z nich różnych stawek podatku vat oraz w zależności od mocy kotłów. Po pierwsze, Zamawiający te cele przedstawił dopiero w odpowiedzi na odwołanie, nadto również one, nie wskazują na błąd w obliczeniu ceny, lecz na formalny aspekt uzewnętrznienia przez wykonawcę sposobu kalkulacji ceny. Również na rozprawie Zamawiający koncentrował swoje stanowisko na wykazaniu, iż błąd Odwołującego polega na sposobie wypełnienia tabeli. Nie wynika z niego, aby w sytuacji, gdyby w kolumnie 4. znajdowała się jedna, uśredniona cena, w kolumnie 6., pojawiłaby się inna cena.

W ocenie Izby okoliczność, iż Odwołujący uwzględnił różnice cen wynikające z powierzchni budynków, w sytuacji braku takiego zakazu w SIWZ, uwzględniając brak podania przez Zamawiającego merytorycznego uzasadnienia dla istnienia ograniczenia w tym zakresie, a sprowadzenia tego jedynie do formalnego aspektu, związanego ze sposobem ujęcia w tabeli ceny w pozycjach C5 i C6, nie zaś z samą wyceną przedmiotu zamówienia w tym zakresie, nie potwierdza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. W ocenie Izby z treści formularza ofertowego oraz wzoru umowy, wykonawca mógł odczytać uprawnienie do wprowadzenia ww. rozróżnienia cen w poz. C5 i C6 z uwagi na powierzchnię. Brak jednoznaczności wyrażenia intencji Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty.

Z tych względów należy uznać, iż odrzucenie oferty Odwołującego było nieuzasadnione. W konsekwencji za nieuzasadnione należy uznać unieważnienie postępowania. Skoro odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1

pkt 6 ustawy Pzp, to unieważnienie postępowania z powodu braku oferty niepodlegającej odrzuceniu, narusza przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt 1510/18**

Odwołanie podlega oddaleniu.

*Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.*

Okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego wskazują, iż czynności ta została dokonana przez Zamawiającego z uwagi na to, że jeden z dwóch kotłów, oferowanych przez tego wykonawcę nie spełnia wymogów SIWZ.

SIWZ nie wymagała podania w formularzu ofertowym modelu oferowanych kotłów, z wykorzystaniem których wykonawcy mieli dokonywać modernizacji kotłowni. Oferta Odwołującego uzyskała najwyższą ilość punktów, w związku z czym Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia, wymaganych w pkt X SIWZ dokumentów. Następnie pismem z dnia 3 lipca 2018 r. wezwał tego wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m.in. złożenia aktualnego zaświadczenia/certyfikatu potwierdzającego zgodność oferowanego kotła gazowego z normami i parametrami podanymi w PFU wraz ze sprawozdaniem z badań przeprowadzonych przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że przedkładając wymagane dokumenty oferowanych urządzeń Wykonawca winien przyporządkować je do wymaganej w PFU mocy kotłów.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedłożył dokumenty i w piśmie wprowadził tabelę, w której w odniesieniu do mocy kotłów do 19 kW, 26 kW i 35 kW wskazał dwa urządzenia tj. Viessmann Vitodens 111-W i Viessmann Vitodens 222-W. Oznacza to, że w tym zakresie przewidział wykorzystanie dwóch modeli kotłów, nie wskazując przy tym ile sztuk każdego z nich. W związku z tym za sprawą tej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca ASH uzewnętrznił, jakie konkretne modele kotłów uwzględnił w swojej ofercie.

Zamawiający podniósł, iż model Viessmann Vitodens 111-W nie spełnia wymogów SIWZ dotyczących modulacji palnika w zakresie minimum 1:10. Ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, wynika, iż w jego ocenie wymóg ten stracił na aktualności, z uwagi na inne zmiany dokonane przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający

w odpowiedzi na odwołanie zaprzeczył, aby poprzez usunięcie mocy minimalnej kotła z PFU potraktował parametr jako nieistotny oraz zgodził się, że nie jest wymagany tak głęboki zakres modulacji kotła w budynkach istniejących. Modyfikacja PFU w części II - Kotły gazowe polegała jedynie na usunięciu dolnego zakresu mocy kotłów gazowych, natomiast wymagane minimalne parametry tych kotłów nie uległy zmianie. Zamawiający w dalszym ciągu wymagał zakresu modulacji palnika minimum 1:10 dla kotłów o mocy do 19 kW, do 26 KW i do 35kW oraz klasy efektywności energetycznej A przy podgrzewie ciepłej wody użytkowej. Odwołujący nie udowodnił, iż SIWZ nie zawiera ww. wymogu. Ze stanowiska przez niego prezentowanego wynika natomiast przyznanie niespełnienia tego wymogu.

Zdaniem Zamawiającego Viessmann Vitodens 111-W w odniesieniu do mocy 35 kW nie spełnia także wymogów w zakresie klasy efektywności energetycznej przy podgrzewie ciepłej wody użytkowej, tj. wymagano klasy A, a urządzenie ma klasę B, co wynika przedłożonej karty katalogowej produktu. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż prawidłowo odczytał przedłożone przez Odwołującego dokumenty dla potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Odwołujący przedłożył między innymi kartę produktu oferowanego urządzenia Viessmann Vitodens 111-W typ B1LD, z treści której jednoznacznie wynika, że kocioł o mocy 8,8-35,0 kW posiada klasę efektywności energetycznej B przy podgrzewie ciepłej wody użytkowej (c.w.u.), a zakres modulacji to 1:4.

Odwołujący w miejsce wykazania bezzasadności zastrzeżeń Zamawiającego, skoncentrował swoją argumentację na wywodzeniu, iż skoro Zamawiający uznał, że drugie z podanych urządzeń spełnia wymogi SIWZ, to mógł uznać i oświadczyć Odwołującemu, że w ramach realizacji zamówienia winien być zastosowany kocioł Viessmann Vitodens 222-W, który spełnia wszystkie wymogi SIWZ. Wynika to z tego, iż w ocenie Odwołującego złożona w postępowaniu oferta nie może podlegać rozszerzeniu, natomiast może podlegać ograniczeniu. Nie ma zatem znaczenia, że jeden z zaoferowanych kotłów nie spełnia wymogów SIWZ, skoro drugi je spełnia.

Takie stanowisko w ocenie Izby nie zasługuje na akceptację.

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał jakie konkretnie modele kotłów oferuje, a w konsekwencji jakie przyjął w kalkulacji ceny. Nie ulega wątpliwości, iż oferta winna być zgodna z SIWZ. Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż był zobowiązany do zapewnienia, aby wszystkie urządzenia spełniały wymogi SIWZ. Wprawdzie odniósł swoje stwierdzenie do dostarczonych urządzeń, jednakże z uwagi na przepis art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, treść zobowiązania określonego w umowie musi odpowiadać temu, jakie przyjął na siebie

wykonawca w złożonej ofercie. Odwołujący musiał mieć zatem świadomość, iż już w ofercie winien uwzględnić konkretne urządzenia, które spełniają wymogi SIWZ.

Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że chciał zaoferować dwa rodzaje kotłów, a zatem swoim oświadczeniem woli obejmował obydwa modele kotłów wskazane w wyjaśnieniach. Nie jest zatem omyłką przedstawienie w ofercie urządzenia Viessmann Vitodens 111-W. Okoliczność, iż samodzielnie, wbrew zapisom SIWZ, przyjął, iż Zamawiający zrezygnował z wymogu w zakresie 1:10, nie oznacza, iż miał podstawy do przyjęcia, że obydwa urządzenia spełniają wymogi SIWZ. Odwołujący nie mógł także oczekiwać, iż Zamawiający będzie ingerował w treść złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli i w sposób nieuprawniony uzna, iż oferta zawiera tylko jedno urządzenie, to, które spełnia wymogi SIWZ. Wykonawca ASH przewidując w ofercie dwa modele kotłów, z których jeden nie spełnia wymogów SIWZ, musiał liczyć się z tym, iż jego oferta, jako niezgodna z SIWZ, zostanie odrzucona przez Zamawiającego, a nie z tym, że Zamawiający wybierze drugie z oferowanych przez niego urządzeń. Złożenie oferty należy do wykonawcy, a nie Zamawiającego (art. 66 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp), zaś z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Na marginesie należy zauważyć w tym zakresie, iż jak zauważył na rozprawie Zamawiający, nie dopuścił on do składania ofert wariantowych. Nadto treść pisma oraz stanowisko wykonawcy nie wskazuje, iż oferuje on jedno z dwóch wskazanych urządzeń, lecz, że oferuje obydwa. Także na marginesie należy zauważyć, iż twierdzenia Odwołującego o ewentualnym dokonaniu przez Zamawiającego wyboru urządzenia Viessmann Vitodens 222-W, spełniającego wymogi SIWZ, są nieuprawnione także z tego powodu, iż kalkulując cenę oferty uwzględniał obydwa urządzenia, w znanej tylko sobie ilości, każde. Różnica cen tych urządzeń podana przez Przystępującego jest znaczna, przy czym zdecydowanie tańszy jest kocioł Viessmann Vitodens 111-W. Również Zamawiający wskazał, że urządzenia różnią się ceną. Zatem sugerowana przez Odwołującego zmiana wpływałaby na cenę oferty. Wprawdzie Odwołujący stwierdził, że różnice cen nie występują, jednak nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za niepotwierdzony. Stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący, w ocenie Izby, w odniesieniu do tego zarzutu, dowodów, w wymaganym od niego zakresie, nie przedstawił.

Z tych względów odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1510/18 podlega oddaleniu.

Stosownie do przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Wobec potwierdzenia się zarzutów bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1486/18, doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1486/18, w tym kosztów zastępstwa prawnego Odwołującego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy, w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:** .....