

**WYROK**  
**z dnia 10 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2011 r. przez wykonawcę **Zakład Innowacyjnych Technik Energetycznych „Promat” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Ekologiczna 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej – Ministerstwo Obrony Narodowej – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, ul. Jana z Kolna 8b**

przy udziale **Infratech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chełmnie, al. 3 Maja 3/4 lok. 22** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 2042/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje unieważnienie czynności badania i oceny ofert, nakazuje powtórzenie czynności badania ofert i dokonanie czynności odrzucenia oferty Infratech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chełmnie, al. 3 Maja 3/4 lok. 22, nakazuje dokonanie ponownej oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,**
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej – Ministerstwo Obrony Narodowej – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, ul. Jana z Kolna 8b** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy ) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład**

**Innowacyjnych Technik Energetycznych „Promat” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Ekologiczna 7** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Zakład Innowacyjnych Technik Energetycznych „Promat” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chwaszczynie, ul. Ekologiczna 7** kwoty 5 000 zł. 00gr (słownie : pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Gdyni**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na modernizację z eksploatacją systemu ciepłego w Centrum Szkolenia Marynarki Wojennej w Ustce (administrowanego przez 6 WOG Ustka –Lędowo) przez okres 10 lat zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Obrony Narodowej - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni, ul. Jana z Kolna 8b ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 marca 2011r. za numerem 2011/S 57-092971.

W dniu 14 września 2011r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze oferty wykonawcy Infratech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chełmnie, al. 3 Maja 3/4 lok. 22 za cenę brutto: 57.500.000,00 zł (zwany dalej przystępującym). Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Zakładu Innowacyjnego Technik Energetycznych „Promat” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Chwaszczynie ul. Ekologiczna 7 (dalej odwołujący).

W dniu 22 września 2011r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie : - art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 8 czerwca 2010 roku - Dz. U. Nr 113 poz. 759 z późn. zm. dalej ustawy) poprzez wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, które miały polegać de facto na uzupełnieniu oferty o dodatkową treść, co w efekcie doprowadziło do jej zmiany.

- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 82. ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności polegające na zastosowaniu innych wymagań co do treści ofert odwołującego i przystępującego, na niesprawdzeniu czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, a także na dokonaniu wyboru oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera rażąco niską cenę,

- art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnienia czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, w szczególności poprzez niezwrócenie się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i to w sytuacji gdy zamawiający dysponował pełną wiedzą co do kosztów eksploatacji będącego jego własnością systemu ciepłego, którego to eksploatacja była przedmiotem zamówienia.

- art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, odrzucenia tej oferty jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zażądania od przystępującego udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów jej oferty mających wpływ na wysokość ceny, pod kątem zbadania, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny i odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wyboru jej jako najkorzystniejszej oraz o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w szczególności kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, rozpoznanie sprawy także pod nieobecność odwołującego, przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą. W przeciwnym razie odwołujący poniósłby oczywistą szkodę, na skutek uchyleń przez zamawiającego przepisom ustawy.

Zamawiający, pismem datowanym na dzień 07.07.2011 roku, poinformował o zmianie treści SIWZ, w tym dwóch załączników: załącznik nr 1 - wzór oferty oraz załącznik nr 2 - opis systemu ciepłego.

strony. Pismem datowanym na dzień 14.07.2011 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytania wykonawcy. Przystępujący wystosował do zamawiającego pismo datowane na dzień 18.07.2011 roku. W odpowiedzi m.in. na przedmiotowe pismo zamawiający wystosował do wykonawców pismo datowane na dzień 16.08. 2011 roku, które miało m. in. posłużyć do skalkulowania wynagrodzenia za modernizację systemu, zawierające szczegółowe dane techniczne i liczbowe.

Po złożeniu ofert przez odwołującego i przystępującego, zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, wezwał przystępującego o wyjaśnienie treści oferty poprzez wskazanie cyt.: „(...) jaka jest koncepcja modernizacji systemu ciepłego skalkulowana w ofercie na kwotę 43.000.000 zł.". Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie doręczył zamawiającemu dokument -Koncepcja modernizacji systemu ciepłego.. Zamawiający, w dniu 14.09.2011 roku, doręczył odwołującemu za pomocą faksu pismo datowane na dzień 13.09.2011 roku, w którego treści poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. złożonej przez przystępującego.

Naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy poprzez wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, które miały de facto polegać na uzupełnieniu oferty o dodatkową treść, co w efekcie doprowadziło do jej zmiany.

Zamawiający, pismem datowanym na dzień 08.09.2011 roku, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy zwrócił się do przystępującego z cyt.: „(...) prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty, tj. jaka jest koncepcja modernizacji systemu ciepłego skalkulowana w ofercie na kwotę 43.000.000,00 zł.". Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie doręczył zamawiającemu kilkustronicowy dokument -Koncepcją modernizacji systemu ciepłego. Zamawiający dopiero w oparciu o ofertę przystępującego uzupełnioną o wyżej

wymieniony, brakujący dokument Koncepcji obejmujący koncepcję modernizacji systemu ciepłego, dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Koncepcja modernizacji systemu ciepłego miała być ponad wszelką wątpliwość częścią oferty, gdyż wynika to w ocenie odwołującego z Rozdział V ust. 3 siwz, Załącznikiem nr 1 do siwz

Zmiana SIWZ z dnia 07.07.2011 r. - pkt I, tiret od pierwszego do trzeciego doprecyzowała wymagany ogólny zakres prac termomodernizacyjnych, wskazując na wymóg ich opisu w treści ofert: cyt.:

„modernizacja systemu ciepłego w zakresie proponowanej oferty, wykonywanie nowych węzłów ciepłych zgodnie z zakresem proponowanej oferty, wykonanie nowej sieci co i c.w. z rur preizolowanych zgodnie z zakresem proponowanej oferty.". W wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 14.07.2011 roku – wskazano, że oferta ma zawierać planowaną koncepcję modernizacji wraz z jej zakresem. Również w Załączniku nr 4 do SIWZ - wzór umowy - w części opisującej jej przedmiot znajduje się odesłanie do załącznika nr 3 zawierającego wstępną koncepcję modernizacji systemu ciepłowniczego. Na końcu wzoru umowy (§ 18 ust. 2 tiret trzeci) wskazano, iż integralną częścią umowy są załączniki, w tym ten o numerze 3 cyt.: „- nr 3 - wstępna koncepcja modernizacji systemu ciepłowniczego - zgodnie z ofertą". Dodatkowo przystępujący w swoim piśmie do zamawiającego datowanym na dzień 18.07.2011 roku przyznał, że oferta musi koncepcie modernizacji systemu ciepłowniczego w kompleksie wojskowym Ustka-Lędowo, zawierającą przewidywany przez nas zakres prac związanych z przebudową źródeł ciepła oraz wymianą sieci i instalacji grzewczych. Odwołujący wskazał, że koncepcja była kluczowym dokumentem dla zamówienia, a ponadto została uzupełniona przez przystępującego, gdy zapoznał się on z analogicznym dokumentem, złożonym w terminie przez Odwołującego. Informacje wskazane w Koncepcji modernizacji systemu ciepłego są kluczowe dla weryfikacji merytorycznej części oferty i sprawdzenia, czy dany wykonawca zamierza zrealizować przedmiot zamówienia w pożądanym zakresie, a także dla wykazania, iż stanowiąca kryterium oceny ofert, planowana przez wykonawców wartość inwestowanych środków własnych na modernizację systemu ciepłego, została rzetelnie wyliczona. W tej sytuacji, według odwołującego, zamawiający nie mógł wezwać do wyjaśnień treści oferty, bo literalna wykładnia zdania drugiego art. 87 ust. 1 ustawy wskazuje na zakaz zmiany treści ofert po upływie terminu do ich składania, z wyjątkiem precyzyjnie wyszczególnionych przypadków, które w niniejszej sprawie nie wystąpiły. Wskazał, że nie ma możliwości stosowania w niniejszym stanie faktycznym także przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, który dotyczy wyłącznie pełnomocnictw oraz oświadczeń i dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 Ustawy PZP, tj. potwierdzających spełnianie przez wykonawców warunków podmiotowych.

Na poparcie swego stanowiska powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-06-17, sygn. akt KIO 1092/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-05-19, sygn. akt KIO 731/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-12-22, sygn. akt KIO/2647/10, Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo: C. H. Beck., Rok wydania: 2010 Wydanie: 10.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo jej niezgodności z treścią siwz odwołujący wskazał, że wobec faktu niezłączenia wymaganej przez zamawiającego koncepcji modernizacji systemu ciepłego, oferta ta nie odpowiada treści siwz i zamawiający zobligowany był odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Ponadto odwołujący stwierdził, że nawet dostarczona przez przystępującego po terminie składania ofert, jej część zawierająca koncepcję modernizacji systemu ciepłego, posiada braki skutkujące jej niezgodnością z SIWZ. Zamawiający wymagał przedstawienia planu modernizacji także w części dotyczącej: zamontowania systemu sterowania i monitoringu telemetrii sieci i węzłów cieplnych, zapewnienia dostawy pary technologicznej do budynku kuchni - stołówki 49/4171 oraz basenu 177/4171. W koncepcji złożonej przez przystępującego brak tych elementów, nie ma także wzmianki o dalszej pracy kotłowni parowych oraz sposobie zapewnienia pary dla kuchni. Również z tych względów oferta przystępującego, winna być odrzucona jako nieodpowiadająca treści SIWZ.

W odniesieniu do zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 82. ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Ustawy PZP, wskazał, że są one konsekwencją zaniechań zamawiającego dotyczących tak odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jak i pkt 4 ustawy, a także bezprawnego dokonania czynności wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Dodatkowo powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-09-16, sygn. akt KIO 1900/10 , wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-08-06, sygn. akt KIO 1580/10.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę i zaniechania wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy

Wskazał, że zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców w ofercie dwóch wartości, składających się łącznie na całe wynagrodzenie:

1. Koszt eksploatacji systemu ciepłego,
2. Wielkość zainwestowanych środków własnych w modernizację systemu ciepłego.

Koszt eksploatacji systemu ciepłego jest łatwy do przewidzenia i oszacowania, i nie sposób go kalkulować w sposób dowolny. Stanowi on bowiem wypadkową cen narzuconych urzędowo, na co nie mają wpływu wykonawcy, którzy winni te koszty jedynie przewidzieć w ofercie jako element niezmienny, konieczny do poniesienia. Zamawiający doskonale orientował się w kosztach eksploatacji systemu, albowiem jest on właścicielem systemu ciepłego będącego przedmiotem zamówienia i płacił za jego eksploatację przez ostatnie lata. Stąd też już pobieżne porównanie proponowanych przez przystępującego cen jednoznacznie wskazuje, że ceny te są rażąco zaniżone. Odwołujący skalkulował tę pozycję na kwotę 24 600 000zł., a przystępujący jedynie na 14.500.000 zł., co powinno zrodzić wątpliwości zamawiającego i zobligować go do wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztu eksploatacji systemu ciepłego. Przyjął założenie, że 50 % c.w.u. i ciepła dla basenu, można uzyskać z solarów. Zużycie ciepła wg koncepcji przystępującego wynosi ok. 26000

GJ na rok; EMPEC - zakup ok. 7750 GJ (6750 GJ + straty przesyłu siecią 3 km); Kotłownie lokalne - ok. 16500 GJ; Solary- ok. 2750 GJ. Koszt zakupu ciepła w EMPEC wg taryfy z sierpnia 2011 to ok. 303.580 zł netto rocznie. Koszt zakupu gazu dla kotłowni gazowych to ok. 992.000 zł netto rocznie. Łącznie roczny zakup ciepła i gazu to ok. 1.295.580 zł netto +VAT = 1.593.563 zł. Przez 9 lat daje to 14.342.067 zł. (oferta Infratech to 14.500.000 zł brutto za 10 lat). Do dodał koszt eksploatacji w pierwszym roku + koszty energii elektrycznej, obsługi, serwisu, konserwacji i podatki przez 9 lat. Wyliczenie kosztów eksploatacji systemu w pierwszym roku (istniejące kotłownie, sieci ciepłne, węzły) na podstawie danych przekazanych przez zamawiającego:

- średnia produkcja ciepła w latach 2008 - 2010: 92221 GJ rocznie, przy wartości opałowej miału węgla kamiennego 23,5 MJ/kg i sprawności wytwarzania ciepła w starych kotłowniach 70% (zawyżając tę wartość), co daje rocznie zużycie miału 5606 t. Przy cenie miału 370 zł za tonę otrzymujemy roczny koszt zakupu paliwa 2.074.220 zł netto (2.551.290,60 zł brutto).
- średnie zużycie energii elektrycznej w kotłowniach eksploatowanych po przejściu systemu w okresie 2008-2010 wynosiło 510.476 kWh. Zgodnie z informacją zamawiającego cena za 1 kWh wynosi 0,61 zł brutto; średni koszt zakupu energii elektrycznej to 311.390 zł rocznie (brutto).
- firma przejmująca system ciepły w eksploatację przejmie 34 pracowników (art. 23" KC), roczne koszty związane z wynagrodzeniami, świadczeniami itp. to ok. 1.250.000 zł (po uwzględnieniu podatku VAT daje to 1.537.500 zł)

Tylko te 3 podstawowe elementy związane z roczną eksploatacją systemu ciepłego dają kwotę ok. 4.400.180, 60 zł brutto.

O kwotach tych, Zamawiający miał wiedzę, bowiem w ww. latach pokrywał te koszty płacąc wynagrodzenie podmiotowi eksploatującemu na jego zlecenie system ciepły

Jeśli przyjąć, że po modernizacji systemu zatrudnienie wyniesie 4 osoby, a koszty energii elektrycznej zmniejszą się o 80% oraz, że dzięki termomodernizacji zrealizowanej w okresie pierwszego roku eksploatacji zużycie paliwa spadnie o 20% w stosunku do średniej z lat 2008-2010, łączne koszty eksploatacji systemu w okresie 10 lat wyniosą ok.:

$0,8 \times 2.551.290,60 \text{ zł} + 311.390 \text{ zł} + 1.537.500 \text{ zł} + 14.342.067 \text{ zł} + 9 \times (180.882 \text{ zł} + 62.278 \text{ zł}) = 2.041.032 \text{ zł} + 311.390 \text{ zł} + 1.537.500 \text{ zł} + 14.342.067 \text{ zł} + 2.188.440 \text{ zł} = 20.420.429 \text{ zł}.$

Kwota ta nie uwzględnia kosztów serwisu, części zamiennych, materiałów eksploatacyjnych, opłat za korzystanie ze środowiska naturalnego (emisje do atmosfery), podatków, opłat za wodę i ścieki oraz zysku firmy eksploatującej system ciepły. Mimo to, jest to kwota szacunkowo o około 5.9 mln zł wyższa niż wartość oferty Infratechu za eksploatację systemu (o około 40.7 % wartości oferty Infratech).

Od 1 września 2011 obowiązuje nowa taryfa dla ciepła w EMPEC Ustka, opublikowana w Dzienniku Urzędowym Województwa Pomorskiego nr 94 z 02.08.2011. Wzrosła przede wszystkim opłata stała za moc zamówioną. Szacuje się, że średni wzrost kosztu zakupu ciepła w EMPEC Ustka jest wyższy o około 12%. Uwzględnienie nowej taryfy dla ciepła w EMPEC spowoduje jeszcze większą lukę

finansową w związku z eksploatacją systemu ciepłego.

Koszt zakupu ciepła w EMPEC wg taryfy obowiązującej od 1 września 2011 roku to ok. 340.000 zł netto rocznie. Łącznie roczny zakup ciepła i gazu to ok. 1.332.000 zł netto +VAT = 1.638.360 zł. Przez 9 lat to daje 14.745.240 zł brutto. Po uwzględnieniu eksploatacji w pierwszym roku i kosztów obsługi i energii elektrycznej (analogicznie jak w obliczeniu wcześniejszym dla taryfy EMPEC z sierpnia 2011) otrzymujemy:

$$0,8 \times 2.551.290,60 \text{ zł} + 311.390 \text{ zł} + 1.537.500 \text{ zł} + 14.745.240 \text{ zł} + 9 \times (180.882 \text{ zł} + 62.278 \text{ zł}) = 2.041.032 \text{ zł} + 311.390 \text{ zł} + 1.537.500 \text{ zł} + 14.745.240 \text{ zł} + 2.188.440 \text{ zł} = 20.823.602 \text{ zł}.$$

Kwota ta znowu nie uwzględnia kosztów serwisu, części zamiennych, materiałów eksploatacyjnych, opłat za korzystanie ze środowiska naturalnego (emisje do atmosfery), podatków, opłat za wodę i ścieki oraz zysku firmy eksploatującej system ciepły. Mimo to, jest to kwota szacunkowo o około 6,323 mln zł wyższa niż wartość oferty Infratechu za eksploatację systemu (o około 43,6 % wartości oferty firmy Infratech).

Infratech składając ofertę znał dane z lat 2008 - 2010 dotyczące produkcji ciepła i zużycia energii elektrycznej. Miał również informację o zatrudnieniu w Ustce. Przejęcie systemu może nastąpić najwcześniej w październiku 2011 r. Do zakończenia sezonu grzewczego 2011/2012 możliwe będzie wykonanie dociepleń części budynków, ale źródła ciepła, sieci ciepłne, węzły i instalacje w budynkach pozostaną. Rozpoczęcie prac możliwe będzie po zatwierdzeniu przez zamawiającego koncepcji przedstawionej przez wykonawcę. Konieczny jest też czas na wykonanie dokumentacji projektowej, uzgodnienia i uzyskanie pozwoleń na budowę. W okresie pomiędzy listopadem 2011 roku a marcem 2012 roku, na które przypada prawie cała produkcja ciepła na cele centralnego ogrzewania, będzie eksploatowany istniejący system ciepły. Oszczędności w stosunku do stanu istniejącego mogą być znikome. Te wszystkie okoliczności, według odwołującego wskazują, że kalkulacja przystępującego w zakresie kosztów eksploatacji systemu ciepłego była kalkulacja z rażąco niską ceną. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, według odwołującego uzasadniony jest tym, że przystępujący nie mógłby racjonalnie wyjaśnić dysproporcji oferowanej ceny z realnymi kosztami eksploatacji, przy oczywistej konstatacji, iż niedozwolone byłoby przez niego finansowanie jej z wynagrodzenia za modernizację (część ta stanowiła kryterium oceny ofert), oferta jego winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy PZP. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym z ogłoszenia o zamówieniu, pisma zamawiającego datowane na dzień 01.07.2011 roku, SIWZ wraz z czterema załącznikami, oferta odwołującego, oferta przystępującego, pismo zamawiającego datowane na dzień 07.07.2011 wraz z załącznikiem, pismo zamawiającego datowane na dzień 14.07.2011, pismo przystępującego datowane na dzień 18.07.2011, pismo zamawiającego datowane na dzień 16.08.2011, wezwanie zamawiającego datowane na dzień 08.09.2011 roku, odpowiedź przystępującego na wezwanie wraz z dokumentem - Koncepcja modernizacji systemu ciepłego, pismo zamawiającego datowane na dzień 13.09.2011 roku



przesłane faksem do odwołującego w dniu 14.09.2011 roku. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS, załączonym do odwołania i upoważnionych do reprezentacji łącznej. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 22 września 2011r.

W dniu 22 września 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię, oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 26 września 2011r. przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i w przypadku uwzględnienia odwołania mógłby zostać pozbawiony możliwości realizacji zamówienia. W uzasadnieniu przystępujący wskazał, że jego oferta odpowiada wymaganiom siwz i uwzględnia w zaproponowanej cenie wszystkie aspekty zamówienia i gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z potrzebami zamawiającego. Wskazał, że postanowienia siwz nie wskazują na konieczność załączenia do oferty koncepcji modernizacji. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy (§1 ust. 1 pkt 1 i §3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, wykonawcy zobowiązywali się do opracowania i przedstawienia koncepcji modernizacji w terminie 3 miesięcy do dnia przekazania systemu, a w § 8 ust. 1 pkt 1 zamawiający wskazał, że obowiązkiem wykonawcy wynikającym z zawartej umowy jest opracowanie koncepcji modernizacji systemu ciepłego i jej uzgodnienie z zamawiającym. Brak jest mowy o tym, że wykonawca ma uzgodnić koncepcję na etapie składania ofert. Przystępujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przedstawienie sposobu przygotowania takiej koncepcji, gdyż tylko udzielenie tej informacji przez zamawiającego nadawałoby sens sporządzaniu koncepcji na etapie składania ofert. Zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz kwestię tę pominął i nie ustosunkował się do zadanego pytania, co utwierdziło przystępującego w słuszności stanowiska, że koncepcji nie trzeba było załączać do oferty. Wskazał, że siwz była w tym zakresie nieprecyzyjna, a wątpliwości co do treści siwz nie mogły stanowić podstawy odrzucenia oferty przystępującego. Na poparcie tego stanowiska powołał wyrok Sadu okręgowego w Katowicach z 20.03.2007r. sygn. akt XIX Ga 80/07 i Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-10/07 i Izby sygn. akt KIO/UZP 832/09. Przystępujący wskazał, że złożył koncepcję w formie oświadczenia w ofercie, z uwagi na brak określenia przez zamawiającego wzoru i zakresu koncepcji. Przystępujący uznał zatem, że wezwanie go do złożenia wyjaśnień dotyczących koncepcji było uprawnione i uzasadnione. Podkreślił, że złożona koncepcja nie zmienia treści oferty, a wyjaśnienia służyły wyjaśnieniu zakresu oferty cenowej. Nie jest to dokument ostateczny, który podlegać będzie uzgodnieniom z zamawiającym ostateczna koncepcja zostanie złożona po uzyskaniu zamówienia i zawarciu umowy i to ona będzie przedmiotem uzgodnień z zamawiającym. Wskazał, że nie zapoznawał się z ofertą odwołującego, więc zarzuty w tym zakresie są nieprawdziwe. Również nie zgodził się z zarzutem zaniżenia w ofercie kosztów eksploatacji systemu ciepłego, gdyż kalkulację

oparł na audycie energetycznym, gdzie założono zużycie ciepła w zmodernizowanym kompleksie na poziomie 35 838 GJ/rok, a z uwagi na zaplanowane przez przystępującego działania modernizacyjne przystępujący uważa, że można tę wartość obniżyć o około 25%, co wynika z dotychczasowych kilkunastoletnich doświadczeń przystępującego zdobytych w ramach 6 zadań o podobnym charakterze. Wskazał, że jego oferta jest 5 mln zł. tańsza od oferty odwołującego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez prezesa zarządu – komplementariusza spółki komandytowej ujawnionego w odpisie z KRS załączonym do zgłoszenia i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia przystąpienia została przekazana, zgodnie z oświadczeniem przystępującego, zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 26 września 2011r.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji siwz z dnia 7 lipca 2011r., 14 lipca 2011r. i 16 sierpnia 2011r., oferty przystępującego wraz z załącznikami, wezwania do wyjaśnień do przystępującego z dnia 12 września 2011r., odpowiedzi przystępującego z dnia 13 września 2011r. wraz z załącznikiem, informacji o wyniku postępowania, taryfa ciepła EMPEC Ustka, wyciąg z taryfy za gaz PGNIG S.A., ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 5 października 2011r. w postępowaniu na obsługę zleconą systemu ciepłego w 6 WOG Ustka –Lędowo od źródła ciepła do grzejników włącznie w budynkach przez okres 2 miesięcy.

W rozdziale VI siwz – sposób obliczenia ceny wskazano, że w cenie oferty należy uwzględnić wszystkie koszty i czynniki cenotwórcze mające wpływ na wielkość ponoszonych opłat na funkcjonowanie systemu ciepłego. Oszacowanie kosztów prac modernizacyjnych, których wartość wyliczona w „Koncepcji modernizacji systemu ciepłego kompleksu wojskowego(...) JW. 4220 Ustka – Lędowo” z października 2009r. po zwaloryzowaniu średniorocznymi wskaźnikami : w 2010r. – w wysokości 4,2% i w 2011r. – 2,6% wynosi 20 921 515,27zł. netto. W kalkulacji należy również uwzględnić koszty opracowania projektów budowlanych wraz z inwentaryzacją, operatu ochrony powietrza, niezbędnych uzgodnień oraz pozwolenia na budowę i użytkowanie. Cenę oferty należy wpisać do formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do siwz. Cena oferty powinna być obliczona i podana w złotych polskich. W rozdziale IX siwz ocena ofert wskazano, że jednym z kryteriów oceny ofert był koszt eksploatacji systemu c.o. o wadze 60% i wielkość zainwestowanych środków własnych w modernizację systemu ciepłego o wadze 40%. W załączniku nr 1 do siwz nie było postanowień dotyczących koncepcji modernizacji systemu ciepłego.

W załączniku nr 4 – wzór umowy w § 1 ust. 1 pkt 1 wskazano, że przedmiotem umowy jest wykonanie dokumentacji projektowej zakresu modernizacji systemu ciepłego kompleksu wojskowego, zgodnie z wymaganiami zawartymi w załącznikach do umowy w tym z zał. Nr 3 – wstępną koncepcją modernizacji systemu ciepłego, w § 3 ust. 1 pkt 3 wskazano, że termin

zatwierdzenie koncepcji modernizacji systemu ciepłego przez zamawiającego – 3 miesiące tj. do dnia .....

W § 8 ust. 1 pkt 1 wskazano, że wykonawca ma obowiązek opracować koncepcję modernizacji systemu ciepłego i uzgodnić z zamawiającym.

W § 18 ust. 2 wskazano, że integralną częścią umowy są załączniki – zał. Nr 3 wstępna koncepcja modernizacji systemu ciepłowniczego – zgodnie z ofertą.

W dniu 7 lipca 2011r. zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz zmieniając rozdział IX.3 siwz poprzez wskazanie, że kryteriami oceny ofert są cena oferty 60% i wielkość zainwestowanych środków własnych w modernizację systemu ciepłego – 40%. Zamawiający uściślił załącznik nr 2 do siwz o zakres prac modernizacyjnych i zalecenia dotyczące rozwiązań technologicznych. W ramach ogólnego zakresu prac termo modernizacyjnych wskazał m.in. zamontowanie systemu sterowania i monitorowania telemetrii sieci i węzłów ciepłych, zapewnienie dostawy pary technologicznej do budynku kuchni – stołówki 49/4171 oraz basenu 177/4174. Zamawiający zmienił także załącznik nr 1 do siwz dodając m. in. pkt 5 o treści „wykonam modernizację systemu ciepłowniczego stosując materiały, urządzenia, maszyny, technologię zgodnie z koncepcją przedstawioną w ofercie.

W dniu 20 lipca 2011r. przystępujący złożył zapytania do siwz, gdzie w pkt. II.2 wskazał, że uczestnicząc w postępowaniu zdaje sobie sprawę, że składana przez niego oferta musi zawierać koncepcję modernizacji systemu ciepłowniczego w kompleksie wojskowym Ustka-Lędowo zawierającą przewidywany przez niego zakres prac związanych z przebudową źródeł ciepła oraz wymianą sieci i instalacji grzewczych. Jednakże zamawiający nie dostarczył oferentom wzoru wymaganej koncepcji jako jednego z istotnych załączników do siwz. W tym zakresie składane oferty będą się różnić, co do rodzaju i ilości oferowanych do wykonania prac, pod warunkiem, że obie zapewnią wymagany przez zamawiającego poziom zabezpieczenia dostaw ciepła do obiektów. Dla zapewnienia konkurencyjności ofert przystępujący prosił o podanie, w jakich budynkach będzie zamawiający wymagał wymiany wewnętrznych instalacji centralnego ogrzewania z urządzeniami grzewczymi (grzejnikami, nagrzewnicami) oraz instalacji ciepłej wody użytkowej. Wniósł o zmianę siwz dotyczącą sposobu przygotowania koncepcji modernizacji, a mianowicie, aby załącznik do oferty ze wzorem koncepcji modernizacji oprzeć na podstawie opracowanej „Koncepcji modernizacji systemu ciepłego kompleksu wojskowego nr 4171 JW. 4220 Ustka-Lędowo”, gdzie występują poszczególne zakresy robót i ich wielkości np. wymiana sieci, modernizacja źródła, wymiana okien itd. Po uprzednim uaktualnieniu przez zamawiającego przedmiotowych wielkości.

W dniu 8 sierpnia 2011r. w aktach sprawy znajduje się pismo do Kierownika Sekcji zamówień publicznych od Szefa wydziału Eksploatacji Nieruchomości, gdzie w pkt. ad 2 wskazano – zakres prac modernizacyjnych ma określić oferent. RZI w Gdyni bez narzucania własnych pomysłów wymaga od oferentów własnej koncepcji, co daje oferentom większe możliwości przedstawienia autorskiego pomysłu an modernizację systemu. Czyli – wykonanie koncepcji jest w gestii oferenta. Wymiana instalacji co we wszystkich budynkach podanych w wykazie z wyjątkiem budynków nr 40,

41, 43 i 44.

W dniu 16 sierpnia 2011r. zamawiający wyjaśnił treść siwz w odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawców i nie zacytował dokładnie treści pkt II.2 z pisma przystępującego z dnia 20 lipca 2011r. ograniczając je go treści zawartej w pytaniu nr 25 tj. proszę o podanie, w jakich budynkach będzie zamawiający wymagał wymiany wewnętrznych instalacji centralnego ogrzewania z urządzeniami grzewczymi (grzejnikami, nagrzewnicami) oraz instalacji ciepłej wody użytkowej ? Na to pytanie zamawiający odpowiedział zamawiający wymaga wymiany instalacji co i c.w.u. we wszystkich budynkach z wyjątkiem budynków 40, 41, 43 i 44. Do wyjaśnień załączył informacje na temat energii cieplej, energii elektrycznej - zużycie w latach 2007-2010 i kołat środowiskowych w tych latach, zakresu przeprowadzonych termomodernizacji na poszczególnych obiektach i wykazu kotłowni Ustka-Lędowo. Zamawiający wprowadził także zmiany do § 1 i w lit. a wskazał, że do przedmiotu zamówienia należy wykonanie modernizacji w tym wykonanie koncepcji modernizacji systemu ciepłowniczego oraz opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie modernizacji, termomodernizacji i rozwiązań technologicznych i usunięto z §18 załącznik w postaci wstępnej koncepcji modernizacji systemu ciepłowniczego – zgodnie z ofertą.

W ofercie przystępującego w formularzu ofertowym załącznik nr 1 do siwz znajduje się oświadczenie w pkt 5 , że wykona modernizację systemu ciepłowniczego stosując materiały, urządzenia, maszyny, technologię zgodnie z koncepcją przedstawioną w ofercie. Do oferty załączono ponadto kopie gwarancji przetargowej i oświadczenie wykonawcy, o jakie ceny i taryfy oparto wartość oferty.

W dniu 8 września 2011r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty tj. jaka jest koncepcja modernizacji systemu ciepłego skalkulowana w ofercie na kwotę 43 000 000zł. W dniu 12 września 2011r. przystępujący wyjaśnił, że składa w załączeniu wyjaśnienie jaka koncepcja pozwoliła na skalkulowanie oferty na 43 mln zł. i była podstawą do załączonego do oferty oświadczenia.

W załączeniu złożono założenia techniczne modernizacji systemu ciepłego, założenia techniczne termomodernizacji budynków, sprawność systemu grzewczego, zestawienie przewidywanych nakładów finansowych

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosiła 85.523.147,84 zł., w tym szacunkowy koszt modernizacji to 20 921 515,27zł. netto. Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 57.500.000,00 zł., w tym: koszt eksploatacji -14.500.000,00zł., a wielkość środków przeznaczonych na modernizację– 43.000.000,00zł.

Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 62.730.000,00 zł., w tym: koszt eksploatacji -24.600.000,00zł., a wielkość środków przeznaczonych na modernizację – 38.130.000,00zł.

W informacji o wyniku postępowania zamawiający poinformował o kryteriach oceny ofert jakimi kierował się przy wyborze oferty :

- cena oferty – 60%

- wielkość zainwestowanych środków – 40%.

Izba uznała za nieistotny dla rozstrzygnięcia dowód w postaci ogłoszenia o wyniku postępowania z dnia 5 października 2011r. w postępowaniu na obsługę zleconą systemem ciepłego w 6 WOG Ustka –Lędowo od źródła ciepła do grzejników włącznie w budynkach przez okres 2 miesięcy, gdyż brak jest informacji o przedmiocie tego postępowania i jego zakresie. Niemożliwe jest zatem ustalenie, czy przedmiot zamówienia w części dotyczącej eksploatacji systemu ciepłego był zbieżny z przedmiotem niniejszego postępowania, w tej sytuacji podniesiony dowód nie mógł służyć wykazaniu tezy, że w analogicznym postępowaniu odwołujący sam zaoferował cenę za koszty eksploatacji znacznie odbiegającą tak od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT jak i od własnej ceny, za jaką realizował zamówienie będące przedmiotem przedkładanego dowodu.

Izba uznała, że szczegółowe wyliczenia wraz z rysunkami na kalkulatorze Infracorr oraz przewidywane koszty eksploatacji systemu ciepłego w Ustce wg. Oferty Infratech stanowią stanowisko własne odwołującego, a nie dowód w postępowaniu.

Wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy nie został przez odwołującego podtrzymany na rozprawie. Nadto Izba nie mogła uznać tak wskazanego dowodu, a to wobec zarówno braku sprecyzowania : o jakiego biegłego, z jakiej dziedziny wiedzy odwołujący wnioskował oraz wobec braku zakreślenia tezy dowodowej, która miałaby być przedmiotem opinii.

#### **Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie dopatryła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby tej oferty nie odrzucono uzyskałby zamówienie. Odwołujący Może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z 8 czerwca 2010 roku - Dz. U. Nr 113 poz. 759 z późn. zm. dalej ustawy) poprzez wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień, które miały polegać de facto na uzupełnieniu oferty o dodatkową treść, co w efekcie doprowadziło do jej zmiany.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający zadając pytanie „jaka jest koncepcja modernizacji systemu ciepłego skalkulowana w ofercie na kwotę 43 mln zł., w rzeczywistości spowodował możliwość złożenia takiej koncepcji w toku wyjaśnień. W ocenie Izby art. 87 ust. 1 ustawy nie służy uzupełnianiu treści oferty o elementy w niej nie zawarte. Literalna wykładnia art. 87 ust. 1 ustawy wyraźnie wskazuje na wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty, a więc tkwiące w niej już w dacie

złożenia, ale niejednoznaczne, niejasne, budzące wątpliwości. Wedle ustaleń Izby na złożoną przez przystępującego ofertę składały się następujące dokumenty : formularz oferty w brzmieniu ustalonym w wyniku modyfikacji z dnia 14 lipca 2011r. wypełniony przez przystępującego, dokument gwarancji przetargowej oraz oświadczenie przystępującego o zastosowanych stawkach i taryfach, brak była natomiast jakiegokolwiek innego dokumentu, który wskazywałby na elementy kalkulacyjne ceny tak w odniesieniu co kosztów eksploatacji systemu ciepłego jak i kosztów modernizacji tego systemu. W wyniku dokonanego zapytania oferta została uzupełniona o treść dotyczącą sposobu kalkulacji ceny w oparciu o przyjętą koncepcję modernizacji systemu ciepłego. Zatem wynikiem wezwania do wyjaśnień stało się uzupełnienie oferty o nowe treści, których pierwotnie oferta nie zawierała. Postępowanie toczy się w trybie przetargu ograniczonego, a jedynie w odniesieniu do dialogu konkurencyjnego ustawodawca dopuścił możliwość sprecyzowania i dopracowania treści ofert i przedstawiania informacji dodatkowych (art. 87 ust. 1 a ustawy). Wezwanie zamawiającego z dnia 12 września 2011r. nie mogło być także dokonane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż dotyczyło wyraźnie kalkulacji kosztu modernizacji, który był u przystępującego wyższy niż u odwołującego, czy u samego zamawiającego, w ramach przyjętego szacunku. Zamawiający nie wzywał przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty, które miałyby wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, stąd w ocenie Izby nieuprawnione było wzywanie przystępującego do wyjaśnień kalkulacji ceny, które w rzeczywistości sprowadzały się do wyjaśnienia, co jest przedmiotem oferty w części dotyczącej modernizacji systemu ciepłego. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że wolą zamawiającego w całym toku trwania postępowania było uzyskanie wraz z ofertą wstępnej koncepcji modernizacji systemu ciepłego. Wynika to z faktu, iż w pierwotnym brzmieniu siwz znalazły się zarówno w rozdziale V siwz jak i we wzorze umowy postanowienia wskazujące na wstępną koncepcję załączaną do oferty, która miała być również załącznikiem nr 3 do wzoru umowy. W wyniku kolejnych modyfikacji, wbrew stanowisku zamawiającego przedstawionym na rozprawie, nie doszło do uchylecia tego wymogu, pomimo dokonania modyfikacji wzoru umowy i wykreślenia załącznika nr 3 do wzoru umowy oraz przeformułowania § 1 i §8 wzoru umowy zamawiający zmodyfikował także załącznik nr 1 do siwz tj. formularz ofertowy dodając do niego pkt 5 w którym wskazał, że wykonawcy zobowiązani są złożyć oświadczenie o treści „wykonam modernizację systemu ciepłowniczego stosując materiały, urządzenia, maszyny , technologię zgodnie z koncepcją przedstawioną w ofercie”. W pierwotnym brzmieniu formularza ofertowego tego oświadczenia nie

było, ale koncepcja wedle załącznika nr 3 w §18 była dodatkowym dokumentem składanym wraz z ofertą. Zatem niezależnie od modyfikacji treści siwz koncepcja modernizacji systemu ciepłego miała pojawić się w ofertach wykonawców. W ocenie Izby nie można przyjąć, że samo oświadczenie z pkt 5 formularza oferty miało stanowić koncepcję modernizacji systemu ciepłego. Takie stanowisko przystępującego przeczy literalnemu brzmieniu oświadczenia z pkt 5 formularza oferty. Z koncepcji bowiem miały wynikać materiały, urządzenia, maszyny i technologia, a z oświadczenia z pkt 5 takie informacje nie wynikają. Dodatkowo potwierdzeniem faktu, że zamawiający wymagał opisanie w ofercie koncepcji modernizacji systemu ciepłego jest dokument wewnętrzny zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2011r. tj. pismo do Kierownika Sekcji zamówień publicznych od Szefa wydziału Eksploatacji Nieruchomości, gdzie w pkt. ad 2 wskazano – zakres prac modernizacyjnych ma określić oferent. RZI w Gdyni bez narzucania własnych pomysłów wymaga od oferentów własnej koncepcji, co daje oferentom większe możliwości przedstawienia autorskiego pomysłu na modernizację systemu. Czyli – wykonanie koncepcji jest w gestii oferenta. Wyraźnie w piśmie tym wskazano na oferenta, czyli podmiot składający ofertę. Dodatkowo pismo to powstało w związku z zapytaniem przystępującego z dnia 20 lipca 2011r., gdzie przystępujący składając zapytania do siwz, w pkt. II.2 wskazał, że uczestnicząc w postępowaniu zdaje sobie sprawę, że składana przez niego oferta musi zawierać koncepcję modernizacji systemu ciepłowniczego w kompleksie wojskowym Ustka-Lędowo zawierającą przewidywany przez niego zakres prac związanych z przebudową źródeł ciepła oraz wymianą sieci i instalacji grzewczych. Zatem zarówno zamawiający jak i przystępujący zdawali sobie sprawę z tego, że koncepcja ma być elementem oferty. To, że na etapie wykonania umowy na powstać inna koncepcja, która ma być przedmiotem uzgodnień stron przed opracowaniem dokumentacji projektowej, nie może stanowić wystarczającego dowodu na to, że zamawiający uchylił obowiązek załączenia koncepcji do oferty. Z żadnego z wyjaśnień zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2011r. jak i dokonanych w tym dniu modyfikacji siwz, takiego wniosku wyprowadzić nie można. W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska zamawiającego i przystępującego, że na etapie składania ofert koncepcja modernizacji systemu ciepłego nie była wymagana. Koncepcja modernizacji systemu ciepłego na etapie składania ofert miała obejmować materiały, urządzenia, maszyny i technologię. Zamawiający nie określił minimalnych i maksymalnych wymagań dla przedstawianej koncepcji, nie określił także, którego z wariantów wskazanych we wstępnej koncepcji modernizacji załączonej do siwz przedstawienia oczekuje, ani nie wyłączył możliwości zaoferowania innych niż wskazane koncepcji modernizacji. Pozostawił w tym zakresie wykonawcom pełną swobodę, nie określił także, jakie wymagania minimalne ma przedkładana koncepcja spełnić poza wskazaniem czterech elementów wynikających z pkt 5 formularza oferty. Zamawiający był zatem zobowiązany każdą koncepcję zawierającą wskazanie maszyn, urządzeń, materiałów i technologii uznać za spełniającą wymagania siwz. Jednak nie mógł uznać za spełniającą wymagania siwz oferty, która nie zawierała w ogóle jakiegokolwiek koncepcji. Koncepcja modernizacji systemu ciepłego miała zawierać opis oferowanego rozwiązania modernizacyjnego i

w tym zakresie należy podzielić argumentację odwołującego, że był to element istotny oferty, choć nie podlegający ocenie. Dotyczył bowiem zakresu oferowanego świadczenia. Nie można także uznać koncepcji za dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy potwierdzający, że oferowane usługi, dostawy odpowiadają określonym przez zamawiającego wymaganiom, gdyż zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę doboru rozwiązań technicznych, technologicznych, materiałowych i sprzętowych w zakresie modernizacji nie stawiając w tym zakresie szczegółowych wymagań. Koncepcja nie mieści się także w katalogu § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W ocenie Izby brak opisanie w ofercie koncepcji modernizacji systemu ciepłego stanowił o tym, że oferta nie odpowiadała treści siwz. Brak ten nie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Nie można było także uzupełnić oferty o nieistniejącą treść w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnienia czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, w szczególności poprzez niezwrócenie się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i to w sytuacji gdy zamawiający dysponował pełną wiedzą co do kosztów eksploatacji będącego jego własnością systemu ciepłego, którego to eksploatacja była przedmiotem zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy cenę rażąco niską odnosi się co całego przedmiotu zamówienia, a nie jego części. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że przedmiot zamówienia składał się z dwóch głównych części tj. eksploatacji systemu ciepłego i modernizacji tego systemu. Zamawiający wbrew stanowisku zaprezentowanemu na rozprawie nie uczynił kryterium oceny ofert jedynie ceny, ale kierował się dwoma kryteriami, ceną i kosztem modernizacji systemu ciepłego. Dla rozstrzygnięcia o zasadności zarzutu odwołującego, nie ma to jednak zasadniczego znaczenia. Nie ma także znaczenia fakt, że zamawiający wyjaśniał kwestię elementów oferty składających się na kalkulację kosztu modernizacji, gdyż nie dokonywał tego zapytania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Istotne jest natomiast rozstrzygnięcie, czy można mówić o cenie rażąco niskiej za cały przedmiot zamówienia, w sytuacji, gdy cena jednego z elementów kalkulacyjnych odbiega od wartości szacunkowej zamówienia w sposób rażący, i co najmniej znaczny od ofert innych wykonawców. W ocenie Izby możliwa jest sytuacja, w której o rażąco niskiej cenie za przedmiot zamówienia świadczyć będzie rażące zniżenie jednego ze składników kalkulacyjnych. Może to mieć miejsce jednak tylko w tej sytuacji, gdy cena za całość zamówienia jest również rażąco niska. Chodzi tu zatem o taką sytuację, gdy zniżenie pojedynczych składników kalkulacyjnych powoduje, że cena za całość jest także rażąco niska. W przedmiotowej sprawie taka



sytuacja nie wystąpiła. Różnica pomiędzy wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT, a ofertą przystępującego to około 33%, a oferta odwołującego jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 37%. Cena oferty przystępującego jest niższa od ceny oferty odwołującego o jedynie 8%. Dodatkowo charakterystyczne jest także to, że zarówno odwołujący jak i przystępujący przewidzieli dużo wyższe niż zamawiający kwoty na pokrycie kosztów modernizacji, u zamawiającego nie przekraczają one 30% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, u odwołującego to ponad 60%, a u przystępującego, aż 75%. W ocenie Izby nie można w tej sytuacji uznać za niewiarygodne twierdzeń przystępującego, że im wyższe kwoty wydatkowane na modernizację, tym większa oszczędność na kosztach eksploatacji. Uznanie twierdzeń odwołującego o rażąco niskiej cenie zaoferowanej z tytułu kosztów eksploatacji nie przekłada się na stwierdzenie, że cena za przedmiot zamówienia jest także rażąco niska. Cena ta choć niższa od wartości szacunkowej zamawiającego nie różni się znacząco od ceny zaoferowanej przez odwołującego. W ocenie Izby zamawiający nie znając założeń kalkulacji kosztów eksploatacji, ani nie wiedząc o zakresie i skali planowanej przez przystępującego modernizacji i opierając się na podanych cenach przez wykonawców nie miał podstaw do przyjęcia, że cena za przedmiot zamówienia zaoferowana przez przystępującego jest ceną nierealną, ceną za którą niemożliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia, ceną, która spowoduje, że w wyniku realizacji zamówienia u przystępującego wystąpią straty, lub co najmniej brak zysku. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy, nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Nadto należy wskazać, że zarzut ten był przedwczesny, gdyż mógłby być podniesiony jedynie w sytuacji błędu zamawiającego przy dokonaniu oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, naruszającego art. 90 ust. 3 ustawy. Ustawa bowiem nie przewiduje sytuacji automatycznego odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę za przedmiot zamówienia. Nawet w sytuacji, gdy zamawiający nie ma wątpliwości, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, musi umożliwić wykonawcy wyjaśnienie elementów oferty, które miały wpływ na cenę. Zatem o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy można mówić jedynie w sytuacji, gdy dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie przystępujący nie był wzywany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, tym samym nie można było na tym etapie postępowania zarzucić skutecznie zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 82. ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności polegające na zastosowaniu innych wymagań co do treści ofert odwołującego i przystępującego, na niesprawdzeniu czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę, a także na dokonaniu wyboru oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera rażąco niską cenę,

Zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie. Zarzut zasługuje na uwzględnienie w takiej części w jakiej odnosi się do dokonania wyboru oferty przystępującego, pomimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz przez niezłączenie koncepcji modernizacji systemu ciepłego. Zamawiający dokonał wyboru oferty, która winna ulec odrzuceniu i dopuścił do konkurowania oferty odwołującego (niekwestionowanej) z ofertą, która nie powinna podlegać ocenie ofert. Spowodowało to w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, naruszenie zasady wyboru oferty najkorzystniejszej spośród oferty niepodlegających odrzuceniu – art. 91 ust. 1 ustawy i zasady wyboru oferty odpowiadającej treści siwz – art. 83 ust. 2 ustawy. W konsekwencji zamawiający dopuścił się naruszenia zarzucanych mu przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 nie uwzględniła wniosku odwołującego o zwrot kosztów zastępstwa prawnego, gdyż o zwrocie takich kosztów, zgodnie z treścią § 3 ust. 2 cyt. Rozporządzenia Izba orzeka na podstawie przedkładanych rachunków. Odwołujący rachunku nie złożył, stąd Izba nie mogła uwzględnić złożonego przez niego wniosku.

**Przewodniczący .....**