Sygn. akt: KIO 903/21

WYROK
z dnia 13 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez **Veolia Energia Warszawa** s**półka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie**

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego Veolia Energia Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie
14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 903/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „ Zakup energii cieplnej
z sieci ciepłowniczej oraz świadczenie usług dystrybucji energii cieplnej”, numer postępowania: WL.2370.3.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych
Numer 2021/BZP 00010099/01 z dnia 24 lutego 2021 r.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm. - dalej jako ustawa „Pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp. o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych określonych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.
W dniu 22 marca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych
w postępowaniu polegających na:

a)wyborze na podstawie art. 252 ustawy Pzp w postęponiu oferty PGNiG Termika S.A. jako najkorzystniejszej oraz jednocześnie zaniechanie jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp - skoro zawiera błędy w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 7 pkt. 1) Pzp tj. ceny w myśl art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178);

b)wyborze na podstawie art. 252 ustawy Pzp w postęponiu oferty PGNiG Termika S.A. jako najkorzystniejszej oraz jednocześnie zaniechanie jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp - skoro została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postęponia, tj.:

a)przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający art. 16 pkt. 1 oraz pkt. 2 Pzp tj. nie zapewniający równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i brak zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, wobec przyjęcia oferty złożonej w postępowaniu przez PGNiG Termika S.A. za najkorzystniejszą i jej wybór w postępowaniu, wskutek błędnego przyjęcia, że jest korzystniejszą w kryterium cenowym. Jednocześnie nie została zachowana zasada przejrzystego udzielenia zamówienia publicznego wobec zaistnienia powyższego naruszenia;

b)wybór na podstawie art. 252 ustawy Pzp w postępowaniu oferty PGNiG Termika S.A. jako najkorzystniejszej oraz jednoczesne zaniechanie jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP - skoro treść oferty nie odpowiada warunkom zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt. 29) Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt. 1 Pzp
o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty złożonej w postęponiu przez PGNiG Termika S.A. jako najkorzystniejszej,

2.nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania badania i oceny ofert złożonych w postęponiu, w tym wyjaśnień dotyczących złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia i świadczący usługi sprzedaży i dystrybucji energii cieplnej na obszarze m.st. Warszawy jest legitymowany do wniesienia odwołania
w postęponiu. Odwołujący poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp polegającej na tym, że jego oferta została błędnie zakwalifikowana jako oferta z mniejszą liczbą punktów, a w konsekwencji wybór oferty PGNiG Termika S.A. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Odwołujący się i PGNiG Termika S.A. stosują te same ceny jednostkowe i stawki opłat wynikające z taryf zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Tym samym

uznać należy Odwołującego za podmiot uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny. Zamawiający prowadzi postęponie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym. W SWZ Zamawiający wskazał w pkt. 12 Opis sposobu liczenia ceny w ten sposób, że cena oferty jest ceną ryczałtową podaną przez Wykonawcę w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SWZ) i musi uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesienie Wykonawca
z tytułu realizacji zamówienia.

Zamawiający zawarł jednocześnie informację, że: *Jeden grosz jest najmniejszą jednostką monetarną w systemie pieniężnym RP i nie jest możliwe wyliczenie ceny końcowej, jeśli komponenty ceny (ceny jednostkowe) są określone za pomocą wielkości mniejszych niż 1 grosz. Wartości kwotowe ujęte jako wielkości matematyczne znajdujące się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku, w odniesieniu do nieistniejącej wielkości w polskim systemie monetarnym powodują, że tak wyrażona cena usługi dla powszechnego obrotu gospodarczego jest niemożliwa do wypłacenia. Nie można kogoś realnie zobowiązać do zapłaty na jego rzecz kwoty niższej niż jeden grosz. Tym samym, ceny jednostkowe, stanowiące podstawę do obliczenia ceny oferty, muszą być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Jeżeli oferta będzie zawierała ceny jednostkowe wyrażone jako wielkości matematyczne znajdujące się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku, zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 4 i 5 ustawy PZP.*

Zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert cena miała wagę 60%.

Obok „ceny" innymi kryteriami oceny ofert były - „termin przeglądu", „zatrudnienie", „termin płatności", „czas reakcji na zgłoszenie Zamawiającego".

Ponadto Zamawiający przyjął w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), że do oceny poszczególnych ofert w zakresie kryterium „cena oferty" (X) zostanie zastosowana metoda polegająca na porównaniu ceny badanej oferty z najtańszą spośród cen przedstawionych przez tych Wykonawców, których oferty zostały dopuszczone do oceny i spełniają warunki określone w SWZ. Jako cenę oferty przyjmuje się wartość brutto podaną w Formularzu Ofertowym. Oferta może otrzymać maksymalnie 60 pkt w kryterium „Cena oferty". Punkty będą liczone według wzoru: Cena najniższa ze wszystkich ofert x 100 pkt. x Znaczenie kryterium 60% podzielone przez Cena oferty badanej

Oferty złożyło dwóch Wykonawców; Odwołujący oraz PGNIG Termika S.A.

Zamawiający wymagał w warunkach zamówienia, aby cenę oferty wyliczyć z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Warunek ten został przez Odwołującego spełniony przez wskazanie ceny brutto z 2 miejscami po przecinku (468 857,71 zł).

Dowód: - Formularz oferty Odwołującego zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ

W toku prowadzonego postępowania, Zamawiający wezwaniem z dnia 8 marca 2021 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących informacji zawartych w formularzu oferty - załączniku nr 1 do SWZ.

W uzasadnieniu przedmiotowego wezwania Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwości
nt. zaoferowanej przez Wykonawcę ceny oferty w kontekście opłat wynikających z taryf zatwierdzonych przez Prezesa URE, a także biorąc pod uwagę, że ceny ofert złożonych
w postępowaniu różnią się i wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wyjaśnienia mają na celu stwierdzenie, że cena wskazana w ofercie jest prawidłowa, np. nie zawiera omyłek rachunkowych lub błędów w obliczeniu ceny, zgodności z przepisami powszechnie obowiązującymi, decyzjami organów administracji. Zamawiający zakreślił termin udzielenia odpowiedzi do dnia 10 marca 2021 r. do godziny 13:00.

Odwołujący co prawda udzielił odpowiedzi na wezwanie o godzinie 15:19 w dniu 10 marca 2021 r., jednakże co wymaga podkreślenia, to okoliczność, że stanowisko Wykonawcy było tożsame do tego przekazanego Zamawiającemu w dniu 5 marca 2021 r. o godzinie 12:28.

Dowód: - korespondencja mailowa.

Podnieść należy, że pismem z 5 marca 2021 r. Odwołujący w stanowisku skierowanym do Zamawiającego podniósł w nawiązaniu do informacji z otwarcia ofert z dnia 4 marca 2021 r., że niemożliwym jest, by oferowane kwoty z oferty PGNIG Termika S.A. oraz przez Veolia Energia Warszawa S.A. wyliczone w oparciu o te same składniki taryfy odbiegały od siebie.

Następnie Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, tej złożonej przez PGNIG Termika S.A.

Różnica między Wykonawcami odnosiła się do kryterium „cena" i wyrażała się w tym, że oferta Odwołującego uzyskała 59,9999987%, a PGNIG Termika S.A. 60% - w sytuacji, gdy obaj Wykonawcy urzędowo zobowiązani są do stosowania takich samych cen jednostkowych
i stawek opłat wynikających z taryf zatwierdzonych przez Prezesa URE, albowiem działają na rynku regulowanym.

Odwołujący podkreśla, że biorący udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy stosują i muszą stosować identyczne ceny. Świadomość braku różnic cen między Wykonawcami Zamawiający posiadał, o czym świadczy treść skierowanego wezwania do wyjaśnień.

Veoiia Energia Warszawa S.A., która kupuje ciepło wytwarzane przez PGNiG Termika S.A. zobowiązana jest stosować ceny ciepła PGNiG Termika S.A. w rozliczeniach prowadzonych
z Klientami. Zaś PGNiG Termika S.A. zobowiązana jest stosować stawki opłat za usługę przesyłową świadczoną przez Veolia Energia Warszawa S.A. zgodnie z taryfą Veolia Energia Warszawa S.A. Powyższe prowadzi do wniosku o tożsamości ceny między Wykonawcami
w rozumieniu art. 7 pkt. 1 Pzp tj. ceny w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178).

Odwołujący podkreśla, że cena oferty drugiego Wykonawcy została wyliczona w oparciu o te same składniki taryfy, przedstawione szczegółowo w ofercie Veolia Energia Warszawa S.A. Mając te same cenniki świadczenia usług niemożliwym jest by oferowane kwoty odbiegały od siebie, a tym samym niemożliwym również jest powstanie między Wykonawcami różnicy
w kryterium oceny ofert jakim jest cena. Ewentualne powstanie takiej różnicy jest możliwe tylko o ile jeden wykonawca nieprawidłowo obliczy cenę, a Zamawiający pominie okoliczność zaistnienia takiej sytuacji. W ocenie Odwołującego taka wadliwość wystąpiła w treści oferty złożonej przez PGNIG Termika S.A., a której to wadliwości Zamawiający nie wyeliminował.

Odwołujący podnosi, że różnica w cenie - która nie powinna mieć w ogóle miejsca - może być wynikiem wyłącznie błędnej różnicy w zaokrągleniach na etapie wyliczania, nie tyle ostatecznej ceny, co elementów cenotwórczych (składowych ceny). Podkreślenia wymaga,
że te różnice mogą być wynikiem zaokrągleń dalszych niż dwa miejsca po przecinku.

O ile wynikiem podania ceny oferty do dwóch miejsc po przecinku, jest działanie matematyczne znajdujące się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku - to tym samym, Zamawiający, powinien taką ofertę odrzucić. Zamawiający, zgodnie z zasadami ogólnymi udzielania zamówień, nie tylko przygotowuje ale i przeprowadza postępowanie o udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców. Z uwagi na powyższe, powstała różnica 1 grosza w ostatecznej cenie złożonych ofert (wynikająca z różnicy zaokrągleń na etapie wyliczania poszczególnych składowych w tabeli w oparciu o działania matematyczne odnoszące się do trzeciego i kolejnego miejsca po przecinku), nie może być podstawą uznania jednej z ofert za korzystniejszą.

Tym bardziej, że sam Zamawiający w SWZ przedstawił stanowisko, że*Wartości kwotowe ujęte jako wielkości matematyczne znajdujące się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku, w odniesieniu do nieistniejącej wielkości w polskim systemie monetarnym powodują, że tak wyrażona cena usługi dla powszechnego obrotu gospodarczego jest niemożliwa do wypłacenia. Nie można kogoś realnie zobowiązać do zapłaty na jego rzecz kwoty niższej niż jeden grosz. Tym samym, ceny jednostkowe, stanowiące podstawę*
do obliczenia ceny oferty, muszą być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Zamawiający tymczasem dopuścił do powstania sytuacji, w której tożsame ceny Wykonawców, stały się różne w wyniku działań matematycznych jednego z nich w oparciu
o wartości matematyczne odnoszące się do wartości znajdujących się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku. Zamawiający przewidział w SWZ sposób obliczenia ceny
z ograniczeniem do dwóch miejsc po przecinku, jednak w praktyce dopuścił do jego naruszenia. Zatem Zamawiający dokonał wyboru oferty wadliwej formalnie, mimo przyjętego opisu sposobu obliczenia ceny.
Dowód: - tabela z wyliczeniem ceny oferty Veolia Energia Warszawa S.A. załączona do korespondencji skierowanej do Zamawiającego w dniu 5 marca 2021 r. o godzinie 12:28.

Odwołujący podnosi, że w polskim systemie płatniczym nie ma tysięcznych części złotego, co potwierdza m.in. zapis art. 31 ustawy o Narodowym Banku Polskim (Dz.U.2020.2027 t.j. z dnia 2020.11.17), w którym określone zostało, iż znakami pieniężnymi Rzeczypospolitej Polskiej są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Tak też wynika, z ustawy z dnia 7 lipca 1994r. o denominacji złotego (Dz.U. z 1994r., Nr 84, poz.386 ze zm.), w której w art. 1 ust. 2 ustawodawca przewidział, że nowa jednostka pieniężna o nazwie złoty dzieli się na 100 groszy.

Skoro Zamawiający, jak to wskazano wyżej, zgodnie z przyjętymi zasadami ogólnymi udzielania zamówień, nie tylko przygotowuje, ale i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, to w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie powinien zaakceptować wadliwości rachunkowej oferty PGNIG Termika S.A. Oferta opiera się o cenę określoną w oparciu o wartości następujące po setnych częściach złotego i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7) i pkt. 10) ustawy Pzp. Taki sposób wyliczenia ceny narusza zarazem zasady uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako manipulacja przy wyliczeniu ceny.

Odwołujący podnosi, że o ile Zamawiający skorzystałby z mechanizmu czynności poprawienia oferty w rozumieniu art. 223 ust. 2 Pzp, która ma charakter obligatoryjny (Zamawiający nie ma prawa uchylić się od jej wykonania), to powinno dojść do skorygowania ceny oferty PGNIG Termika S.A. o 1 grosz w dół. W wyniku tej czynności, Zamawiający otrzymałby dwie identyczne oferty, a w konsekwencji musiałby przedmiotowe postępowanie unieważnić w oparciu o art. 255 pkt. 4) Pzp.

Zamawiający nie przewidział możliwości obliczania składowych ceny w tysięcznych
i dziesięciotysięcznych częściach złotego i dalszych. Zamawiający, wobec już samej sygnalizacji przez Odwołującego po otwarciu ofert, zaistnienia niemożliwej sytuacji różnicy ceny, nie powinien ograniczyć się do przyjęcia stanowiska PGNIG Termika S.A. za prawidłowe bez dogłębnej analizy. Zamawiający powinien zweryfikować, czy zaokrąglenie składowych cen było prawidłowe, w tym po ilu miejscach po przecinku było wykonane, a następnie czy przeliczenie ceny ostatecznej na podstawie tak zaokrąglonych cen jednostkowych było działaniem zgodnym z prawem.

Reasumując wnioskować należy, że w postęponiu dokonane przez Zamawiającego naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego, wniesione w niniejszej sprawie odwołanie uznać należy za konieczne i uzasadnione.

Do postępowania odwoławczego, w dniu 1 kwietnia 2021 r. zgłosił przystąpienie
po stronie Zamawiającego wykonawca PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej
do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń
i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła
co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia
oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa
w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za nieskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego przez wykonawcę PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie
i nie dopuściła wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 Pzp *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę,*
do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Natomiast zgodnie z art. 525 ust. 2 Pzp *Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*
Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Zgodnie z treścią przywołanych przepisów, zgłoszenie przystąpienia do postepowania odwoławczego powinno nastąpić w ciągu trzech dni od daty otrzymania kopii odwołania,

i w tym terminie powinno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w dniu 24 marca 2021 r., a zatem trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upłynął 29 marca 2021 r. (27 i 28 marca 2021 to sobota i niedziela) i najpóźniej w tej dacie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego winno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2021 r., tj. z uchybieniem wymaganego terminu. Wykonawca PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 29 marca 2021 r. nadał zgłoszenie przystąpienia przesyłką pocztową w urzędzie pocztowym operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, jednakże zostało ono doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej po upływie trzydniowego, ustawowego terminu. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu, analogicznie jak termin na wniesienie odwołania.

Izba podkreśla, że data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym nie jest równoznaczna z jej doręczeniem w tym terminie. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 580 ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w dniu 29 marca 2021 r. w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której Sąd stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Wobec powyższego, wniesienie przystąpienia do postępowania odwoławczego z uchybieniem terminu oznacza, że wykonawca nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ) w pkt. 12 opisał sposób obliczenie ceny:

12. Opis sposobu obliczenia ceny

1. Cena oferty jest ceną ryczałtową podaną przez Wykonawcę w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SWZ) i musi uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji zamówienia.

2. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone są we wzorze umowy – załącznik nr 7 do SWZ.

3. Rozliczenia będą prowadzone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

UWAGA!

Jeden grosz jest najmniejszą jednostką monetarną w systemie pieniężnym RP i nie jest możliwe wyliczenie ceny końcowej, jeśli komponenty ceny (ceny jednostkowe) są określone za pomocą wielkości mniejszych niż 1 grosz.

Wartości kwotowe ujęte jako wielkości matematyczne znajdujące się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku, w odniesieniu do nieistniejącej wielkości w polskim systemie monetarnym powodują, że tak wyrażona cena usługi dla powszechnego obrotu gospodarczego jest niemożliwa do wypłacenia. Nie można kogoś realnie zobowiązać do zapłaty na jego rzecz kwoty niższej niż jeden grosz.

Tym samym, ceny jednostkowe, stanowiące podstawę do obliczenia ceny oferty, muszą być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Jeżeli oferta będzie zawierała ceny jednostkowe wyrażone jako wielkości matematyczne znajdujące się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku, zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp.

4. Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

5.Cenę oferty należy obliczyć, uwzględniając całość wynagrodzenia wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy. Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę na podstawie wszelkich wymogów związanych z realizacją zamówienia (łącznie ze wszystkimi podatkami i opłatami oraz podatkiem VAT).

6. Cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

7. Wykonawcy ponoszą wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty.

*8. Zgodnie z art. 225 ustawy Pzp, jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z 11 marca 2004 **r.** o podatku od towarów i usług, dla celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek:*

1) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;

2) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego;

3) wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym zamawiającego, bez kwoty podatku;

4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

9. Informację w powyższym zakresie wykonawca składa oświadczenie w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SWZ). Brak złożenia ww. informacji będzie postrzegany jako brak powstania obowiązku podatkowego u zamawiającego.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty:

1.Veolia Termika Warszawa S.A. cena oferty: 468.857,71 PLN
ul. Stefana Batorego 2
02-591 Warszawa

2.PGNiG Termika S.A. cena oferty: 468.857,70 PLN
Ul. Modlińska 15
03-216 Warszawa

Izba ustaliła, że Wykonawca Veolia Termika Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, skierował do Zamawiającego pismo z dnia 5 marca 2021 r., w treści którego wskazał,

iż niemożliwym jest, by oferowane kwoty wyliczone w oparciu o te same składniki taryfy odbiegały od siebie. Wyjaśniamy, że Veolia Energia Warszawa S.A., która kupuje ciepło wytworzone przez PGNiG Termika S.A. zobowiązana jest stosować ceny ciepła PGNiG Termika S.A. w rozliczeniach prowadzonych z Klientami. Również PGNiG Termika S.A. zobowiązana jest stosować stawki opłat za usługę przesyłowa świadczona przez Veolia Energia S.A. zgodnie z taryfą Veolia Energia Warszawa S.A.. Różnica w ostatecznej cenie złożonych ofert Wykonawców może wynikać jedynie z różnicy zaokrągleń na etapie wyliczenia poszczególnych składowych w tabeli. W celu umożliwienia porównania ofert Wykonawców w powyższym zakresie przekazujemy w załączeniu tabelę z wyliczeniem ceny oferty Veolia Energia Warszawa S.A. (…) Przy dokonywaniu czynności oceny złożonych ofert bezwzględnie koniecznym jest uwzględnienie faktu, iż obaj Wykonawcy zobowiązani są do stosowania takich samych cen jednostkowych i stawek opłat wynikających z taryf zatwierdzonych przez Prezesa URE"

Łącznie z pismem, Wykonawca złożył formularz cenowy, zawierający ceny jednostkowe oraz wskazujący sposób wyliczenia ceny oferty (algorytm obliczenia ceny), podanej w formularzu ofertowym.

Pismem z dnia 8 marca 2021 r. Zamawiający wystosował do obu wykonawców, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie (o tożsamej treści) do wyjaśnień dotyczących treści ofert. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że *w związku z powziętymi przez Zamawiającego wątpliwościami nt. zaoferowanej przez Wykonawcę ceny oferty w kontekście opłat wynikających z taryf zatwierdzonych przez Prezesa URE, a także biorąc pod uwagę, że ceny ofert złożonych w postępowaniu różnią się, wzywa się Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wyjaśnienia mają na celu stwierdzenie, że cena wskazana w ofercie jest prawidłowa, np. nie zawiera omyłek rachunkowych lub błędów w obliczeniu ceny, zgodności z przepisami powszechnie obowiązującymi, decyzje organów administracji.*

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, wyjaśnienia złożył jedynie wykonawca PGNiG Termika S.A. wskazując, że *cena oferty obliczona została na podstawie danych zawartych w SWZ oraz aktualnie obowiązującej Taryfy dla grupy taryfowej A3B1C3.*

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał konkretnego algorytmu obliczania ceny oferty, dlatego Wykonawcy biorący udział w przetargu skorzystali z własnych.

Do wyjaśnień, Wykonawca załączył wyciąg z Taryfy oraz aktywny arkusz kalkulacyjny exel, prezentujący przyjętą metodę obliczeń.

Wykonawca Veolia Energia Warszawa S.A. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego już po upływie terminu wyznaczonego na udzielenie wyjaśnień. W treści odpowiedzi wskazał, że wyjaśnienia dotyczące złożonej oferty były do Zamawiającego wysłane w dniu 5 marca 2021 r o godz. 12:28.

Zamawiający nie odrzucił żadnej ze złożonych w postępowaniu ofert ani nie wykluczył żadnego z wykonawców i dniu 16 marca 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę PGNiG Termika S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie**.**

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 252 ustawy Pzp oferty PGNiG Termika S.A. jako najkorzystniejszej oraz jednoczesne zaniechanie jej odrzucenia na podstawie. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako oferty która nie odpowiada warunkom zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 Pzp, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w ocenie izby zarzut nie został potwierdzony.

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający określił, iż cena oferty jest ceną ryczałtową. Opisując sposób obliczenia ceny, Zamawiający nie określił żadnego algorytmu, zgodnie z którym wykonawcy winni dokonać sumowania komponentów ceny. Istotne dla Zamawiającego było to, aby cena podana w ofercie uwzględniała wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji zamówienia oraz sporządzona została w oparciu o wymagania zawarte w SWZ, w szczególności dotyczące zaokrąglenia cen jednostkowych i wartości kwotowych do dwóch miejsc po przecinku.

Izba wskazuje, że w przypadku ceny ryczałtowej, w sytuacji w której Zamawiający nie wskazał konkretnego algorytmu jej obliczenia, każdy z wykonawców uprawniony był do samodzielnej kalkulacji ceny podanej w ofercie, biorąc pod uwagę zakres objęty przedmiotem zamówienia oraz wymagania zawarte w SWZ.

W ocenie Izby, za zgodne z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji należy uznać czynności Zamawiającego, który uwzględnił algorytmy obliczenia ceny końcowej, przedstawione przez obu wykonawców i na tej podstawie nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert. Z wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców wynika, iż zaoferowane ceny końcowe obejmują wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia.

Co więcej, podkreślenia wymaga, że zaoferowane ceny jednostkowe zostały zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z wymaganiami SWZ.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków wobec wykonawców w postaci odrzucenia oferty, w sytuacji w której treść złożonej oferty jest zgodna z warunkami zamówienia.

Za niezasadny zatem izba uznała zarzut Odwołującego, zgodnie z którym treść oferty złożonej przez Wykonawcę PGNiG Termika S.A. jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podnosi, że różnica w cenie jego oferty oraz oferty złożonej przez PGNiG Termika S.A. (wynosząca jeden grosz) może być wynikiem wyłącznie błędnej różnicy
w zaokrągleniach na etapie wyliczenia elementów cenotwórczych, opartych na zaokrągleniach dalszych niż dwa miejsca po przecinku, w sytuacji gdy Zamawiający wymagał podania
cen z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W ocenie Izby twierdzenie to jest całkowicie niezasadne, bowiem z aktywnego formularza kalkulacyjnego excel, złożonego przez PGNiG Termika S.A. w wyniku wyjaśnień dotyczących treści oferty, prezentującego przyjętą przez wykonawcę metodę obliczeń wynika jednoznacznie, że wszystkie elementy składowe ceny, wszystkie jej komponenty zostały zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

Za niezasadne i niepotwierdzone Izba uznała również zarzuty Odwołującego dotyczące zaniechania odrzucenia oferty PGNiG Termika S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i pkt 10 ustawy Pzp, jako oferty naruszającej zasady uczciwej konkurencji oraz zawierającej błędy
w obliczeniu ceny.

Twierdzenie Odwołującego są gołosłowne i nie poparte żadnymi dowodami.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Tymczasem Odwołujący w żaden sposób nie wykazał na czym ma polegać zarzucany czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji ceną przy jej wyliczeniu oraz na czym mają polegać zarzucane błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący twierdzi, że ceny zaoferowane przez wykonawcę PGNiG Termika S.A. zostały określone w sposób niezgodny z warunkami zamówienia oraz zawierają błędy
w obliczeniu ceny, tj. opierają się o wartości następujące po setnych częściach złotego, jednak na poparcie swojego stanowiska nie przedstawił żadnego dowodu. Ponadto, twierdzenie takie nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania.

Co więcej, zestawienie własnych wyliczeń sporządzone przez Odwołującego, złożone podczas rozprawy nie potwierdza nieprawidłowego sposobu zaokrąglenia cen, w oparciu
o wartości następujące po setnych częściach złotego, a jedynie różne algorytmy, na podstawie których można obliczyć cenę końcową. Zestawienie to potwierdza jednak, że Odwołujący
nie kwestionuje kompletności elementów cenotwórczych przyjętych do obliczenia ceny przez PGNiG Termika S.A. oraz wartości i prawidłowości cen jednostkowych.

Podkreślenia wymaga, że sam Odwołujący podczas rozprawy przyznał, że pomimo braku wskazania przez Zamawiającego algorytmu dojścia do ceny końcowej w SWZ,
oba zaprezentowane sposoby wyliczenia ceny są matematycznie poprawne, choć dają inny wynik.

W ocenie Izby, takim twierdzeniem Odwołujący zaprzeczył własnemu stanowisku prezentowanemu w odwołaniu, dotyczącemu manipulacją ceną. Przyznał bowiem, że sposób wyliczenia ceny końcowej zaprezentowany przez PGNiG Termika S.A. jest matematycznie poprawny, choć inny niż przyjął sam Odwołujący do obliczenia tej ceny.

Wskazać należy, że skoro Zamawiający nie wymagał obliczenia ceny oferty w oparciu
o konkretny algorytm jej wyliczenia, a zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego co do zakresu i sposobu wyceny, nie można mówić
o jej niezgodności z warunkami zamówienia, a tym bardziej o błędzie w obliczeniu ceny.

Odwołujący bezpodstawnie formułuje zarzuty, jedynie w oparciu o własny sposób kalkulacji ceny, uznając go za jedynie właściwy, co nie znajduje uzasadnienia w treści SWZ
i nie może być podstawą do odrzucenia oferty złożonej przez PGNiG Termika S.A.

Izba dodaje, że podniesiony podczas rozprawy zarzut dotyczące braku w treści SWZ algorytmu, zgodnie z którym wykonawcy powinni wyliczyć cenę oferty, należy uznać
za spóźniony.

W powyższych okolicznościach, Izba oddaliła jako bezzasadny zarzut naruszenia
art. art. 252 Pzp poprzez wybór oferty PGNiG Termika S.A. jako najkorzystniejszej oraz zarzut zaniechania jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako oferty która
nie odpowiada warunkom zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 Pzp, ponieważ zawiera błędy
w obliczeniu ceny oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp tj. braku zapewnienia równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, że to właśnie poprzez dopuszczenie do oceny obu ofert, zawierających własne sposoby dojścia do ceny końcowej (czego Zamawiający nie wykluczył w SWZ) Zamawiający wykazał się stosowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby nie została również naruszona zasada przejrzystości prowadzonego postępowania. Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert ustanowił łącznie z kryterium ceny - 5 różnych kryteriów, na podstawie których dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto, postępowanie prowadzone jest w sposób transparenty, Zamawiający wyjaśniał wątpliwości dotyczące treści złożonych ofert, i w oparciu o złożone wyjaśnienia dokonał dalszych czynności w postępowaniu.

Wobec powyższego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało orzec jak
w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……