

WYROK

Warszawa, dnia 12 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2025 r. przez wykonawcę Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Śródmieście z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”),

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i 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.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

KIO 477/25

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Śródmieście z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „Miasto Stołeczne”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Dostawa energii cieplnej do budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście przy ul. Nowogrodzkiej 43 w Warszawie” (Nr referencyjny: UD-IX-ZP-53-2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 października 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00572605/01.

10 lutego 2025 r. wykonawca Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „Veolia”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, polegających na:

1) odrzuceniu oferty Veolia oraz wyborze w Postępowaniu oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

2) zaniechaniu czynności w Postępowaniu, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zaniechaniu poprawienia omyłki w ofercie Veolia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie (pisownia oryginalna):

1) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, pomimo że omyłka w ofercie polegająca na przyjęciu do wyliczenia ceny/wartości umowy danych z błędnej taryfy stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującą istotnych zmian w treści oferty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, pomimo że brak było podstaw do odrzucenia oferty ze względu na to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia nadawała się do usunięcia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Veolia,

2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert,

3) dokonanie poprawienia omyłki w ofercie Veolia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ten sposób, iż w

formularzu cenowym wartości w tabeli przyjmą następujące wartości:

- a) kolumna 3 – 6 612,92 zamiast 7 704,73
- b) kolumna 7 – 73,76 zamiast 96,18
- c) kolumna 10 – 614 989,33 zamiast 752 936,61
- d) kwota należnego VAT wg stawki 23% – 141 447,55 zamiast 173 175,42
- e) wartość brutto – 756 436,88 zamiast 926 112,03

natomiast w formularzu oferty zmianie ulegnie oświadczenie dotyczące oferty cenowej w następujący sposób:

Oferuję realizację całości zamówienia za cenę brutto 756 436,88 zł, zgodnie z załączonym formularzem cenowym.

25 lutego 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z postanowieniem z pkt 1 w Części II Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest dostawa energii cieplnej do budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście przy ul. Nowogrodzkiej 43 w Warszawie.

Stosownie do brzmienia pkt 1-2 w Części XI SWZ:

„1. Wykonawca załącza do oferty Formularz cenowy wypełniony zgodnie z załączonym wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Formularz cenowy Wykonawcy stanowić będzie załącznik do umowy.

2. Cena określona przez Wykonawcę w formularzu cenowym oferty zostanie ustalona na okres ważności umowy, z możliwością dokonania zmian zawartych w umowie”.

W myśl § 3 ust. 1 Projektu Umowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 6 do SWZ (dalej: „PU”) „Umowa dostarczania ciepła zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy jednak nie wcześniej niż od dnia 01 stycznia 2025 r. lub do wyczerpania kwoty maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, określonego § 4 ust. 1, w zależności, co nastąpi wcześniej”.

Zgodnie z § 4 ust. 1 i 3 PU:

„1. Maksymalne wynagrodzenie wynikające z oferty Wykonawcy ustalone przy zastosowaniu bieżących tarif i upustów oraz planowanym zużyciu energii cieplnej nie może przekroczyć łącznej kwoty brutto złotych (słownie:..... i/100), wyżej wymieniona kwota obejmuje obowiązujący podatek VAT.

(...)

3. Ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu dostarczenia energii cieplnej (sprzedaży i przesyłu) dokonywane będzie odpowiednio według cen, stawek opłat oraz zasad rozliczeń określonych w aktualnej tarifie zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z zastosowaniem wielkości rabatu określonego w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy – dotyczy Wykonawcy, który zastosował rabat.

(...).”

We wzorze Formularza oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający zawarł zapis o treści „Oferuję realizację całości zamówienia za cenę bruttozł , zgodnie z załączonym formularzem cenowym”.

Z kolei w udostępnionym wzorze Formularza cenowego (Załącznik nr 3 do SWZ) Miasto Stołeczne podało dane dotyczące: obiektu (ul. Nowogrodzka 43, 00-691 Warszawa), symbolu grupy taryfowej (A3B1C3), mocy cieplnej zamówionej ogółem dla budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście (0,357 MW), ilości miesięcy (36) oraz planowanego zużycia energii cieplnej w budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście (5527 GJ). Wykonawcy mieli natomiast wskazać: cenę

jednostkową za moc cieplną zamówioną dla budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście (zł netto/MW, m-c), stawkę opłaty stałej za usługi przesyłowe dla budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście (zł netto/MW, m-c), cenę za ciepło dostarczane do budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście (zł netto/GJ), cenę jednostkową za usługę przesyłu ciepła dostarczanego do budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście (zł netto/GJ), wartość całkowitą netto, kwotę należnego VAT wg stawki% oraz wartość brutto.

7 listopada 2024 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ, w których w odpowiedzi na wniosek Veolia o precyzyjne określenie, według której taryfy należy dokonać obliczenia wartości umowy: - (bez rekompensaty) z cenami i stawkami opłat zatwierdzonymi przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na dzień składania ofert z dnia 29 stycznia 2024 r., - z wyrównaniem lub rekompensatą wyciąg cen oraz stawek od dnia 1 lipca 2024 r., poinformował, że „obliczenia wartości umowy należy dokonać według wyciągu cen oraz stawek od dnia 01.07.2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą)”.

Odwolujący w Formularzu oferty oświadczył, że oferuje realizację całości zamówienia za cenę brutto 926 112,03 zł, zgodnie z załączonym formularzem cenowym. W formularzu cenowym Veolia przyjął do wyliczenia wartości umowy kwoty według wyciągu cen oraz stawek opłat bez wyrównania lub rekompensaty zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 29 stycznia 2024 r. zamiast kwot wynikających z wyciągu cen oraz stawek od dnia 1 lipca 2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą) zgodnie z wymogiem Zamawiającego.

W Załączniku nr 5 do SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert oraz podał wagi tych kryteriów i sposób oceny ofert: „Cena brutto – 60%”, „Czas na sprawdzenie prawidłowości wskazań układu pomiarowo-rozliczeniowego w miejscu jego zainstalowania – 30%” oraz „Zatrudnienie na umowę o pracę osób ze stwierdzeniem stopnia niepełnosprawności na minimum ½ etatu – 10%”.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 14 listopada 2024 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- 1) wykonawcy Veolia Energia Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie – łączna wartość brutto oferty wynosi 926 112,03 zł;
- 2) wykonawcy PGNIG TERMIKA S.A. z siedzibą w Warszawie – łączna wartość brutto oferty wynosi 756 436,88 zł.

4 lutego 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy ORLEN TERMIKA S.A. z siedzibą w Warszawie (wcześniej PGNIG TERMIKA S.A.) oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na to, że Veolia złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia. Miasto Stołeczne wskazało, że w Formularzu cenowym (Załącznik nr 3 do SWZ/Załącznik nr 3 do umowy) wymagało, aby obliczenia wartości umowy dokonać według wyciągu cen oraz stawek opłat stosowanych od dnia 1 lipca 2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą). Tymczasem Veolia przyjął do wyliczenia wartości ceny niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, tj. według wyciągu cen oraz stawek opłat bez wyrównania lub rekompensaty zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 29 stycznia 2024 r.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp warunki zamówienia to „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Stosownie do brzmienia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

„2. Zamawiający poprawia w ofercie: (...),

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...).”

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy

zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: (...), 2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający (...))” (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Dla zastosowania procedury odrzucenia oferty na omawianej postawie niezbędne jest więc stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (...); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego (...))” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 543/22). Innymi słowy zastosowanie wobec wykonawcy podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wymaga wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi postanowieniami dokumentów zamówienia treść oferty jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi bowiem szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty i brzmieniem dokumentacji postępowania. Jeżeli natomiast zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentów zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe. Jednocześnie istotne jest również, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zbadania, czy nie zachodzą przesłanki do poprawienia w ofercie wykonawcy m.in. tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, co wynika z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wyjaśniono w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”) zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów. TSUE stwierdził także, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. wyroki: z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in., C-599/10, EU:C:2012:191, pkt 40; z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36) (por. wyrok TSUE dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16). Aby możliwe było poprawienie oferty zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać jednakże spełnione następujące przesłanki: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawa omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp (zob. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2025, art. 223 ustawy Pzp; por. P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 223 ustawy Pzp). Po pierwsze, należy zatem stwierdzić, czy jest to omyłka, a więc nieintencjonalne, niecelowe działanie wykonawcy powodujące powstanie niezgodności w treści oferty, pomimo zamiaru dokonania poprawnego zapisu treści oferty. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. o sygn. akt XII GA 429/09, dotyczącego wprowadzenia unormowania zawartego w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), lecz pozostającego aktualnym również pod rządami obecnie obowiązującej ustawy Pzp, poprawienie nieprawidłowości z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp występującej w ofercie uzależnione jest od ustalenia, że zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. Obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek nieoczywistych dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Zatem z założenia umyślne zastosowanie rozwiązania

całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto zgodnie z orzecnictwem warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SWZ oraz z treści oferty wykonawcy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1820/22). Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 949/22: „(...) Jeśli chodzi o inne omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa Zamówień Publicznych, przepis ten pozwala na poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, przy czym nie mogą one mieć charakteru istotności. Poprawienie omyłek w rozumieniu tego przepisu, nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści specyfikacji, czyli do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy (...)” (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 30 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 738/23, z dnia 19 sierpnia 2024 r. o sygn. akt KIO 2585/24 oraz z dnia 3 września 2024 r. o sygn. akt KIO 2815/24). Podobnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3772/21: „(...) Przede wszystkim, istotna zmiana treści oferty powinna stanowić znaczącą, istotną zmianę treści oświadczenia woli wykonawcy. Ponadto, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę (...)”.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy należy wskazać, że niewątpliwie okoliczność skalkulowania ceny z pominięciem wytycznych Zamawiającego, może być podstawą stwierdzenia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W okolicznościach stanu faktycznego przedmiotowej sprawy oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z wymaganiem, aby obliczenia wartości umowy dokonać według wyciągu cen oraz stawek od dnia 1 lipca 2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą). W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Veolia na przywołanej podstawie nie naruszała przepisów ustawy Pzp. W szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że w rozpoznawanym przypadku mamy do czynienia z omyłką, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie było to, że między ofertą Odwołującego a warunkami zamówienia wynikającymi z SWZ zachodziła niezgodność. Veolia przyjął bowiem do wyliczenia wartości umowy ceny niezgodne z wymaganiami Miasta Stołecznego, tj. według wyciągu cen oraz stawek opłat bez wyrównania lub rekompensaty zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 29 stycznia 2024 r. Istota sporu sprowadzała się do oceny czy powyższa niezgodność była możliwa do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należało odpowiedzieć przecząco.

Przechodząc do istoty tzw. innej omyłki skład orzekający wskazuje, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało przywołane we wstępnej części niniejszego uzasadnienia, podkreśla się, iż poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. W przypadku zarzutu zaniechania poprawienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba bada, czy niezgodność nie jest wynikiem zamierzonego działania wykonawcy, ponieważ poprawieniu na gruncie wyżej wymienionego przepisu może podlegać jedynie „omyłka”, czyli nieprawidłowość spowodowana błędnym, niecelowym działaniem wykonawcy. Izba również ustala, czy poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie treści oferty, gdyż stanowi to granicę, której przekroczenie może oznaczać prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty. Treść oferty powinna pozwalać na wywiedzenie woli wykonawcy co do zakresu jego zobowiązania.

W ocenie Izby Odwołujący, którego w postępowaniu odwoławczym obciążał obowiązek dowodowy, nie wykazał, że w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy dopuszczalne byłoby poprawienie oferty Veolia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wymaga bowiem przypomnienia, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydiktoryjny, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei w myśl art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń bądź odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obciążenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontrydiktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21; por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 listopada 2007 r. o sygn. akt II CSK 293/07 oraz z dnia 16 grudnia 1997 r. o sygn. akt II UKN 406/97). Veolia w szczególności nie dowiódł, że podanie w Formularzu cenowym w kolumnie 3 – ceny jednostkowej za

moc ciepłą zamówioną dla budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście oraz w kolumnie 7 – ceny za ciepło dostarczane do budynku Urzędu Dzielnicy Śródmieście według wyciągu cen oraz stawek opłat bez wyrównania lub rekompensaty zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 29 stycznia 2024 r. było efektem nieświadomego, niezamierzonego działania, a wolą Odwołującego było zaoferowanie cen wynikających z wyciągu cen oraz stawek od dnia 1 lipca 2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą), zgodnie z wymaganiem Miasta Stołecznego wyrażonym w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 7 listopada 2024 r. Zdaniem Izby Veolia nie wyjaśnił w sposób rzetelny i dostateczny, co było przyczyną nieprawidłowości zaistniałych po jego stronie, wskazując jedynie lakonicznie, że błąd wynikał z nieuwagi pracownika Odwołującego, który mechanicznie, nawykowo, niejako „z rozpędu” wpisał do oferty dane z nieprawidłowej taryfy, zamiast zastosować się do wykazu cen i stawek wskazanego przez samego Zamawiającego w ramach Postępowania. Powyższa argumentacja nie jest wystarczająca do przesądzenia, że szczegółowa wycena przedstawiona przez Veolia w Formularzu cenowym nie była rzeczywistym zamiarem Odwołującego. W tym stanie rzeczy Miasto Stołeczne musiałoby się oprzeć jedynie na przypuszczeniu, że zamiarem Veolia było zaoferowanie cen według wyciągu cen oraz stawek od dnia 1 lipca 2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą), niemniej poprawienie oferty Odwołującego oparte wyłącznie na pewnych przypuszczeniach co do rzeczywistego zamiaru wykonawcy, którego nie sposób jednoznacznie ustalić, godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców. Dodatkowo nie można tracić z pola uwagi, że choć w myśl § 4 ust. 3 PU ustalenie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu dostarczenia energii cieplnej dokonywane będzie odpowiednio według cen, stawek opłat oraz zasad rozliczeń określonych w aktualnej taryfie zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, to dla realizacji przedmiotowego zamówienia kluczowa jest kwota maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z oferty, gdyż to dzień wyczerpania tej kwoty – jeśli nastąpi wcześniej niż upływ 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy – będzie stanowił termin końcowy obowiązywania umowy (vide: § 3 ust. 1 PU oraz § 4 ust. 1 i 3 PU). W konsekwencji, w świetle treści oferty Odwołującego, na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe odtworzenie w sposób jednoznaczny i pewny woli wykonawcy w zakresie sposobu wyceny oferowanego przedmiotu świadczenia i bezsprzeczne stwierdzenie, że zaistniały błąd nie był wynikiem zamierzonego działania.

Ponadto w ocenie składu orzekającego poprawienie błędów w ofercie Veolia prowadziłoby do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny. Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że skoro z treści jego ogólnego oświadczenia w ramach oferty (vide: pkt 1 Formularza oferty) wynika, iż jego wolą było obliczenie ceny zgodnie z SWZ, w tym również z udzielonymi wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 7 listopada 2024 r., to w związku z tym dopuszczalne było poprawienie oferty Veolia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy bowiem zwrócić uwagę, że oświadczenie woli Odwołującego zawarte w tabeli Formularza cenowego, które stanowi uszczegółowienie w zakresie łącznej wartości brutto oferty z rozbiciem zaoferowanej ceny na poszczególne kwoty, nie pozwala na wywiedzenie wniosku, że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, gdyż Veolia przyjął do obliczenia wartości umowy kwoty według wyciągu cen oraz stawek opłat bez wyrównania lub rekompensaty zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 29 stycznia 2024 r. zamiast kwot wynikających z wyciągu cen oraz stawek od dnia 1 lipca 2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą). Tym samym zdaniem składu orzekającego prezentowane przez Odwołującego stanowisko co do sposobu poprawienia „omyłki” w ofercie wykonawcy miało na celu wyłącznie dostosowanie jej treści do wymagań Miasta Stołecznego wynikających z SWZ, mimo że oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje ku temu podstaw. Izba wskazuje, że powoływanie się przez Veolia na okoliczność, że wolą każdego z wykonawców jest złożenie oferty zgodnej z warunkami zamówienia, może mieć dla dedukcji zamiaru odwołującego się wykonawcy jedynie znaczenie poboczne, ponieważ gdyby przyjąć pogląd Veolia, to w istocie możliwość odrzucenia oferty danego wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia miałaby charakter iluzoryczny, bowiem w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia wolą wykonawców jest złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu, a zamawiający oczekuje od wykonawców złożenia ogólnych oświadczeń w formularzu ofertowym, wyrażających ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Należy podkreślić, że wykonawca, składając ofertę, powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia. Oferta, rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm., dalej: „k.c.”), stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przy czym dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia. Tymczasem w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy przyjęcie przez Odwołującego w kolumnach 3 i 7 Formularza cenowego do obliczenia wartości umowy cen według wyciągu cen oraz stawek opłat bez wyrównania lub rekompensaty zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 29 stycznia 2024 r. stanowi niezgodność z wymaganiami Zamawiającego w zakresie wyliczenia ceny oferty, która – wbrew

twierdzeniom Veolia – nie kwalifikuje złożonej oferty do poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy również odnotować, że to Odwołujący zwrócił się do Miasta Stołecznego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w przedmiocie sposobu obliczenia wartości umowy, w następstwie czego Zamawiający poinformował, że „obliczenia wartości umowy należy dokonać według cen oraz stawek od dnia 01.07.2024 r. (z wyrównaniem lub rekompensatą)”. Postanowienie SWZ w tym zakresie jest jasne, precyzyjne, a ponadto przyjęło charakter ostatecznego i wiąże zarówno Zamawiającego, wykonawców biorących udział w Postępowaniu jak i Izbę. Tymczasem, pomimo powyższego zapytania oraz wyjaśnienia treści SWZ, Veolia przyjął do wyliczenia ceny oferty kwoty niezgodne z wymaganiami Miasta Stołecznego, tj. według wyciągu cen oraz stawek opłat bez wyrównania lub rekompensaty zatwierdzonych przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 29 stycznia 2024 r. Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było należycie wypełnić Formularz cenowy, a następnie zweryfikować czy przypadkiem nie popełniono w tym zakresie błędu. Na gruncie postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp wykonawca powinien bowiem mieć świadomość, że taki błąd będzie skutkował odrzuceniem jego oferty. Odwołujący nie dochował wymaganej od niego jako podmiotu profesjonalnego należytej staranności przy przygotowaniu oferty, a odrzucenie jego oferty stanowi konsekwencję tego zaniechania. W tym miejscu należy wskazać, że w oparciu o przepis art. 355 § 2 k.c., miernik należytej staranności stosowany wobec wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą ulega podwyższeniu i określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez tego wykonawcę działalności. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 29 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 109/21 stwierdził, że: „(...) Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności (...); (...) Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż KC precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku wykonawca powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2018 r.,) (...)”.

Reasumując skład orzekający wskazuje, że w rozpoznawanym przypadku poprawa oferty Odwołującego w sposób podnoszony przez wykonawcę stanowiłaby istotną zmianę jej treści i wyraz dostosowania treści oferty Veolia do wymogów SWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów Zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Powyższe wyklucza możliwość poprawienia oferty Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oferta Veolia była zatem niezgodna z warunkami zamówienia i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie 1 w związku z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....