

WYROK**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 września 2025 roku przez Odwołującego TKM Esco sp. z o.o. (ul. Hoża 86/410, 00-682 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin (Plac Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego TKM Esco sp. z o.o. (ul. Hoża 86/410, 00-682 Warszawa) i
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego TKM Esco sp. z o.o. (ul. Hoża 86/410, 00-682 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, kwotę 541 zł 50 gr (pięćset czterdzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów noclegu Zamawiającego, kwotę 81 zł 00 gr (osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu Zamawiającego na rozprawę,
- 3.1. zasądza od Odwołującego TKM Esco sp. z o.o. (ul. Hoża 86/410, 00-682 Warszawa) na rzecz Zamawiającego Gmina Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin (Plac Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, kwotę 541 zł 50 gr (pięćset czterdzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów noclegu Zamawiającego, kwotę 81 zł 00 gr (osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu Zamawiającego na rozprawę.

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:

Sygn. akt: KIO 3782/25**UZASADNIENIE**

Zamawiający Gmina Miasto Szczecin Biuro ds. Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Szczecin prowadzi postępowanie w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest „Modernizacja energetyczna obiektów użyteczności publicznej w Szczecinie w modelu EPC.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 19 maja 2025 w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00236257/01.

Odwołujący TKM ESCO sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Smarte sp. z o.o., niezgodności z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz innymi przepisami rangi ustawowej, jej nieważność, niezgodność z warunkami zamówienia, jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawarty w niej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu; w tym zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Smarte, w tym z uwagi na jej niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych, tj. w sytuacji spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Prawo zamówień publicznych tj. oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, poprzez wskazanie w formularzu ofertowym dwóch rozbieżnych cen, których to korekta nie jest możliwa w oparciu o zastosowanie przesłanek matematycznych, wobec czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i dokonaniu wyboru przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Smarte w Postępowaniu w sytuacji gdy przedłożona oferta w różnych załącznikach wskazywała odmienne ceny - wskutek czego Zamawiający niezgodnie z prawem dokonał wyboru jednej oferty wariantowej (odmiennej) podług własnego uznania z dwóch równoległe złożonych ofert cenowych przez Smarte, a tym samym dokonał oceny i wyboru oferty Smarte mimo tego, że oferta Smarte była niezgodna z ustawą (p.z.p. oraz innymi przepisami rangi ustawowej), nieważna, niezgodna z warunkami zamówienia, złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zawierała błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;

wobec czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oferty Wykonawcy Smarte w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podczas gdy nie zaistniały podstawy do dokonania poprawy oferty Wykonawcy Smarte, z uwagi na fakt, że przedmiotowa oferta nie zawierała oczywistej omyłki pisarskiej, zaś wskazywała na dwie różne ceny, których wyliczenia nie sposób skorygować w oparciu o działania matematyczne;

wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu poprawy oferty Smarte w trybie nieznanym i niedopuszczonym przez ustawę Prawo zamówień publicznych, tj. przez poprzez wybór jednej z dwóch ofert Smarte, ewentualnie wybór jednej oferty spośród dwóch ofert cenowych (wariantów ceny) złożonych przez Smarte, a w istocie, poprzez złożenie oświadczenie woli za Smarte / zniekształcenie oświadczenia woli Smarte;

wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Odwołującego w ramach postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3), 4), 5), 7) oraz 10) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Wykonawcy Smarte w sytuacji gdy oferta złożona przez tego Wykonawcę:

a. była niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, w tym z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 218 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 219 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym naruszenie poprzez brak obligatoryjnego odrzucenia oferty w sytuacji gdy Smarte złożył dwie oferty, względnie wariantowe (odmienne) oferty cenowo, co w konsekwencji doprowadziło do złożenia wiążącego oświadczenia ofertowego w istocie przez Zamawiającego w miejsce Smarte, już po terminie na złożenie oferty - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawą Prawo zamówień publicznych;

b. jest nieważna, w rozumieniu ustawy Kodeks cywilny, w tym na zasadzie art. 58 ust. 1 i 2 k.c., art. 65 k.c. oraz art. 66 k.c., w tym naruszenie poprzez brak obligatoryjnego odrzucenia oferty w sytuacji gdy oferta wykonawcy Smarte jest nieważna z mocy prawa (oświadczenie woli Smarte jest obarczone nieusuwalnym błędem) - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych;

c. w swej treści była niezgodna z warunkami zamówienia, w tym naruszenie poprzez brak obligatoryjnego odrzucenia oferty w sytuacji, gdy oferta Smarte w swej treści była niezgodna z warunkami zamówienia tj. niedopuszczalnym było złożenie dwóch różnych ofert cenowych lub wariantowych - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych;

d. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w tym na zasadzie art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 14 ust. 2 pkt 3) uznk, w tym naruszenie poprzez brak odrzucenia oferty Smarte w sytuacji gdy Smarte podał w ofercie wprowadzające w błąd informacje o zastosowanych cenach (w tym marży), co miało wpływ na przedstawione w ofercie dwie rozbieżne propozycje cenowe - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych;

e. zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, w tym naruszenie poprzez brak obligatoryjnego odrzucenia oferty w sytuacji gdy oferta wykonawcy Smarte zawiera błąd w obliczeniu ceny poprzez wskazanie dwóch równoległych cen za wykonanie przedmiotowego zamówienia - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Prawo zamówień publicznych

- naruszenie przepisów skutkujące brakiem obligatoryjnego odrzucenia oferty odnosi się z osobna do każdego wskazanego ww. przepisu, na podstawie którego Zamawiający winien był odrzucić ofertę (samoistne podstawy odrzucenia oferty), jak i do wszystkich podstaw łącznie.

- naruszenie art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, także w związku z art. 219 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez poprawę przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Smarte, mimo braku podstaw do tego, w tym mimo braku podstaw do uznania, iż oferta zawierała oczywistą omyłkę podlegającą sprostowaniu (poprawie), a w konsekwencji, poprzez dokonanie zmian w ofercie Wykonawcy Smarte i zdecydowanie o jej ostatecznym kształcie (o wyborze jednej z dwóch ofert; ew. wariantu cenowego oferty - tj. o wyborze ceny zaproponowanej przez oferenta w sytuacji zaproponowania przez niego dwóch równoważnych rozwiązań cenowych w ofercie), a więc poprzez wykroczenie przez Zamawiającego ponad dozwolony zakres działania, a w istocie poprzez złożenie przez Zamawiającego oferty w zastępstwie Wykonawcy Smarte po terminie na złożenie oferty;

- naruszenie art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że Wykonawca Smarte mógł złożyć w istocie ofertę wariantową (w odniesieniu do składników cenotwórczych, w tym kosztów finansowania, marży, wpływających na ostateczny kształt oferty - wysokość wynagrodzenia), podczas gdy Zamawiający nie dopuścił oferty wariantowej w postępowaniu (Rozdział I pkt 6 SWZ);

- naruszenie art. 275 pkt 1) oraz art. 278 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób prowadzący do ulepszenia oferty Wykonawcy Smarte, w tym poprzez jej dookreślenie przez Zamawiającego w ramach niedozwolonych poprawek, mimo wyraźnego wskazania w SWZ braku możliwości negocjowania treści ofert w celu ich ulepszenia, w tym poprzez uznaniowy wybór jednej z ofert (wariantów oferty) złożonej przez Wykonawcę Smarte,

- naruszenie art. 239 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Wykonawcy Smarte, mimo braku możliwości ustalenia w ofercie Wykonawcy Smarte tego, jaki został zaoferowany stosunek jakości do ceny lub kosztu, lub jaka cena lub koszt zostały zaoferowane przez Wykonawcę Smarte, oraz pomimo tego, że oferta ta podlegała odrzuceniu, oraz pomimo tego, że nie była ona najkorzystniejsza, a ostatecznie, poprzez zaniechanie wyboru

oferty TKM mającej przymiot najkorzystniejszej;

- naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niegwarantujący realizacji zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, w tym polegające na:

- a. pominięciu treści ustalonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu,
- b. podjęciu czynności mających na celu utrzymanie oferty Wykonawcy Smarte w mocy, mimo braku podstaw, w tym mimo zaistnienia obligatoryjnej przesłanki odrzucenia oferty;
- c. zezwoleniu na złożenie dwóch ofert / oferty wariantowej co do ceny przez Smarte, w tym konwalidacji oferty Wykonawcy Smarte złożonej w sposób niedozwolony poprzez wskazanie dwóch równoległych cen ofertowych za wykonanie Zamówienia;
- d. dowolne uznanie i wybór jednej z ofert / wariantu oferty złożonej przez Wykonawcę Smarte;
- e. dokonanie wyboru oferty oraz porównania ofert złożonych przez Smarte i TKM, mimo że oferta Wykonawcy Smarte w sposób obiektywny podlegała odrzuceniu w związku czym z mocy prawa nie powinna podlegać badaniu i porównaniu z ofertą TKM, a w konsekwencji, mimo że oferta Wykonawcy Smarte była obiektywnie niemożliwa do porównania z ofertą TKM z uwagi na zawarte w niej wady oświadczenia woli, zniekształcające jej treść oraz prowadzące do jej nieważności. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Smarte; odrzucenia oferty Wykonawcy Smarte; dokonania ponownego badania oceny ofert, w konsekwencji prowadzącego do wyboru oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy Smarte nie była jednoznaczna, zawierała w sposób rozbieżny w odmiennych załącznikach wynagrodzenie łączne, za które Wykonawca Smarte oferuje wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający dokonał poprawy rzekomo oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Wykonawcy Smarte. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie stwierdził, że istnieje tylko jeden sposób poprawy oferty Wykonawcy Smarte.

Zamawiający wskazał, że składając ofertę należy złożyć: 1) formularz oferty, według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ wraz z załącznikami nr 2 - 4 do formularza oferty.

Zamawiający sprecyzował sposób obliczenia ceny oferty: Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą załączniki nr 2-4 do formularza oferty. Instrukcja wypełnienia ww. załączników do formularza oferty stanowi załącznik nr 1 do formularza oferty.

W Formularzu Oferty Wykonawcy Smarte - Załącznik nr 1 do SWZ podano, że Koszty Finansowania wynoszą 3 922 137,84 PLN brutto. Jednocześnie, w załącznikach do formularza ofertowego (gdzie podano marżę 5,20% - załącznik nr 2 do formularza oferty), koszty finansowania zostały wyliczone na kwotę 4 636 660,62 PLN brutto (załącznik nr 4 do formularza oferty). Różnica między tymi dwiema wartościami to 714 522,78 PLN. Zdaniem Odwołującego, oferta zawiera dwa warianty kwoty Kosztów Finansowania: (i) 3 922 137,84 PLN brutto albo (ii) 4 636 660,62 PLN brutto.

W Formularzu Oferty Wykonawcy Smarte - Załącznik nr 1 do SWZ wskazano Wynagrodzenie łączne w wysokości 2 844 763,11 PLN - tę cenę oferty podał Zamawiający w dniu otwarcia ofert.

Zgodnie z wyliczeniami z kalkulacji NPC, załącznik nr 4 do formularza oferty wskazano wynagrodzenie łączne w wysokości 2 359 285,89 PLN. Jak wskazał Odwołujący, różnica wynosi 714 522,78 PLN, co potwierdza, że rozbieżność w Kosztach Finansowania bezpośrednio wpływa na całkowitą cenę oferty.

Zdaniem Odwołującego, oferta zawiera dwa warianty kwoty Wynagrodzenia łącznego: (i) 2 844 763,11 PLN brutto albo (ii) 2 359 285,89 PLN brutto.

W ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy Smarte jest: niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych i jest nieważna, w tym w rozumieniu ustawy Kodeks cywilny; a także w swej treści była niezgodna z warunkami zamówienia; została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; zawiera błędy w obliczeniu ceny / kosztu.

Zdaniem Odwołującego, niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych polega na tym, że Wykonawca Smarte złożył dwie oferty. Te oferty zostały zawarte w ramach dwóch różnych, składanych i podpisanych oświadczeń, tj. (i) formularza oferty; (ii) załączniku nr 4 do formularza oferty.

Gdyby zaś uznać, że oferty te zostały ujęte w ramach jednego, integralnego oświadczenia składającego się na ofertę (formularz oferty oraz załączniki), to w takim przypadku należy uznać ofertę za złożoną wariantowo (odmiennie) cenowo, co także było niedopuszczalne.

W ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy Smarte jest bezwzględnie nieważna w kontekście przepisów ustawy Kodeks cywilny, a to na zasadzie art. 58 ust. 1 i 2 k.c., art. 65 k.c. oraz art. 66 k.c. Zgodnie z art. 66 § 1 k.c.: Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Powyższe odnosi się do ceny (oraz poszczególnych parametrów składających się na cenę), w tym w kontekście wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego, w kontekście złożonej oferty (ofert) Smarte nie istnieje możliwość uznania, że oferta ta określiła

istotne postanowienia przyszłej umowy, że była stanowcza (konkretna), gdyż posługiwała się odmiennymi cenami (wynagrodzenie łączne, w tym koszty finansowania). Zdaniem Odwołującego, oferta ta zawiera również błędy w obliczeniu ceny / kosztu, nienaprawialne i dyskwalifikujące tę ofertę.

Jak wskazał Odwołujący, o ile uznać, że oferta Wykonawcy Smarte została w ogóle skutecznie złożona i jest ważna (czemu Odwołujący przeczył), to Zamawiający „mógł poprawić” ofertę Wykonawcy Smarte co najmniej na dwa równoważne i wykluczające się sposoby, na podstawie wskazanych danych przez Wykonawcę Smarte, tj.: Zamawiający uwzględnić kwotę wskazaną przez Wykonawcę Smarte w formularzu oferty, tj. wynagrodzenie łączne 22.844.763,11 zł brutto, w tym koszty finansowania 3.922.137,84 zł brutto, i poprawia załącznik nr 2 (marża) oraz załącznik nr 4 do formularza oferty (wynagrodzenie łączne i koszty finansowania);

Zamawiający uwzględnić kwotę wskazaną przez Wykonawcę Smarte w załączniku nr 4 do formularza oferty, tj. 23.559.285,90 zł brutto, w tym koszty finansowania 4.636.660,62 zł brutto, i poprawia formularz oferty (wynagrodzenie łączne i koszty finansowania).

Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający jest świadomy (powinien być jako profesjonalny podmiot prowadzący postępowanie wedle ustawowych, zaostrzonych rygorów) tego, że ofertę Wykonawcy Smarte można było poprawić co najmniej na dwa logicznie i matematycznie uzasadnione sposoby, to tym bardziej powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy Smarte, a nie dokonywać wyboru oferty Smarte jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznaniowo, dowolnie - zdecydował o wyborze jednej z ww. możliwości „poprawy” oferty. Zdaniem odwołującego, postępowanie Zamawiającego polegające na poprawie oferty Wykonawcy Smarte, w tym uznaniowej decyzji o ostatecznym kształcie oferty prowadzi w istocie do ulepszenia, w tym poprzez dookreślenie i przyjęcie jednej ceny wynagrodzenia łącznego, w tym kosztów finansowania oraz wysokości marży, mimo wyraźnego wskazania w SWZ braku możliwości negocjowania treści ofert w celu ich ulepszenia.

Zdaniem odwołującego, działanie polegające na złożeniu oferty zawierające różne ceny, tj. odnośnie do wynagrodzenia łącznego, w tym kosztów finansowania, a także wskaźników wpływających na wysokość ceny (marża), za rzekomo ten sam zakres oraz rodzaj świadczenia, należy uznać za rozpowszechnianie informacji o stosowanych cenach wprowadzające w błąd.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 3) uznk:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

2. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: (...) 3) stosowanych cenach; Wykonawca Smarte przekazał w toku postępowania informację o dwóch stosowanych cenach w odniesieniu do tego samego oferowanego zakresu świadczenia.

Odwołujący wskazał, że nie wie, jaki był cel takiego działania, jednak okoliczności złożenia przez Wykonawcę Smarte takiego oświadczenia (wariantowa/wprowadzająca w błąd oferta w postępowaniu przetargowym) pozwalają stwierdzić, że mogło ono mieć na celu uzyskanie korzyści (pozyskanie zamówienia).

Zdaniem Odwołującego, podanie dwóch różnych cen za ten sam zakres świadczenia / usługi, prowadzi do zniekształcenia odbioru tego (niemożliwości ustalenia) jaka cena była zaoferowana, nawet gdyby uznać, że wskazywane ceny niezależnie od siebie były poprawne. Jeżeli uznać inaczej, tj. że działanie takie nie wyczerpuje znamion ww. czynu, to winno ono zostać zakwalifikowane co najmniej jako wyczerpujące znamiona klauzuli ogólnej czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 uznk): Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie Odwołującego, działanie polegające na składaniu dwóch wykluczających się ofert zagraża interesowi tak Odwołującego (inny przedsiębiorca), jak i Zamawiającego (klienta), także w kontekście reguł Postępowania przepisanych warunkami zamówienia oraz ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym czyniąc oferty składane w toku postępowania niemożliwymi do porównania z ofertą Wykonawcy Smarte (godząc w istocie w sedno postępowania przetargowego).

Odwołujący wskazał na naruszenie także zasad wynikających z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. W jego ocenie, naruszenie tych zasad jest pochodną braku odrzucenia oferty Wykonawcy Smarte oraz uznania oferty Wykonawcy Smarte za najkorzystniejszą.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy złożyli ofertę składającą się z formularza ofertowego oraz załączników nr 2-4. Załącznik nr 1 stanowił opis sposobu wypełnienia formularza ofertowego. W załączniku tym została przedstawiona instrukcja, w jaki sposób należy obliczyć cenę oferty oraz wartość wynagrodzenia ESCO, które (wynagrodzenie ESCO) stanowiło kryterium oceny ofert. Zgodnie z instrukcją, Wykonawcy byli zobowiązani wpisać składniki cenowe, w tym określić marżę, w załączniku nr 2. Następnie w załączniku nr 4 następowało automatyczne (bez udziału wykonawcy) obliczenie ceny oferty oraz wartości wynagrodzenia ESCO. Cena oferty Wykonawcy Smarte zawarta w załączniku nr 4

wynosiła 23 559 285,90 zł. Wykonawca ten wpisał jednak inną cenę w formularzu ofertowym.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest możliwe poprawienie oferty Wykonawcy Smarte w różny sposób. Sposób poprawienia oferty w tym przypadku jest tylko jeden. Zamawiający określił bardzo dokładnie sposób obliczenia ceny i wartości wynagrodzenia ESCO. Należało wypełnić załącznik nr 2 i Wykonawca Smarte postąpił zgodnie z instrukcją opisaną przez Zamawiającego, zawartą w załączniku nr 1. To w załączniku nr 4 następowało obliczenie ceny, samoistnie, bez udziału Wykonawcy, na podstawie danych wskazanych w załączniku nr 2. Wpisanie przez Wykonawcę Smarte danych do załącznika nr 2, w tym wpisanie wysokości marży, wskazuje jednoznacznie, że Wykonawca Smarte zamierzał obliczyć cenę zgodnie z instrukcją opisaną przez Zamawiającego.

Oferta Wykonawcy Smarte nie jest ofertą wariantową. Jak trafnie zauważył Zamawiający, oferta nie zawiera dwóch różnych formularzy załączników nr 2, 3, 4 do formularza oferty. A to te załączniki były podstawą dla obliczenia ceny. Zatem to dane z tych formularzy określały wysokość ceny, którą zaoferował wykonawca.

Nie można uznać, aby oferta Wykonawcy Smarte zawierała błąd w obliczeniu ceny. To załącznik nr 4 dokonywał automatycznie obliczenia ceny na podstawie danych wpisanych przez Wykonawcę w załączniku nr 2. Zatem brak jest błędu w obliczeniu ceny.

Nie jest zasadny zarzut Odwołującego, iż oferta Wykonawcy Smarte była nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c., dokonując wykładni oświadczenia woli należy badać 3 zakresy: okoliczności, w których oświadczenie woli zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wykładni oświadczenia woli należy dokonywać, badać na podstawie zamiaru stron lub badać, w jakim celu oświadczenie zostało złożone. Skoro Wykonawca Smarte wypełnił, stosownie do instrukcji Zamawiającego, formularz nr 2, to oznacza, że zamierzał dokonać obliczenia ceny zgodnie z instrukcją Zamawiającego, a zatem, że to cena określona w załączniku nr 4 jest ceną, jaką zaoferował Wykonawca Smarte. Tym samym nie jest również zasadne stanowisko Odwołującego co do swobodnego i arbitralnego uznania Zamawiającego, która wartość cenowa w ofercie Wykonawcy Smarte jest prawidłowa.

Nie jest zasadny zarzut Odwołującego, iż złożenie oferty przez Wykonawcę Smarte stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Formułując ten zarzut, Odwołujący powołał się na art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przywołał jego treść, zgodnie z którą czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny. Trudno uznać, aby Wykonawca Smarte rozpowszechniał jakiegokolwiek informacje. Wykonawca ten po prostu złożył ofertę w postępowaniu. Nie sposób uznać takiego działania za rozpowszechnianie informacji. Odwołujący wskazał, że ww. artykuł dotyczy nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji, w szczególności o stosowanych cenach. Oczywistym jest, że oferta zawiera cenę, stąd podanie ceny w ofercie jest procesem naturalnym i nie stanowi rozpowszechniania informacji. Jak wskazano powyżej, w ofercie doszło do popełnienia oczywistej omyłki i trudno uznać taką sytuację za rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji o cenie. Okoliczność, że doszło do omyłki, nie oznacza, że Wykonawca ten popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący pomija także istotną w niniejszym postępowaniu okoliczność, że to nie cena stanowiła kryterium oceny ofert. Stąd nie sposób uznać, aby Wykonawca Smarte, w ofercie którego doszło do omyłki w przeniesieniu ceny, „działał” w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Nie sposób także uznać, aby Wykonawca Smarte naruszył art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym artykułem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Również w odniesieniu do tego artykułu trudno uznać, aby omyłka, do której doszło w ofercie Wykonawcy Smarte, miała charakter działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Nie zagrażała ani nie naruszała interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie jest nawet jasne, w jaki sposób miałyby zagrażać lub naruszać interes innego wykonawcy, czy Zamawiającego.

Nie jest zasadny zarzut Odwołującego, że oferta Wykonawcy Smarte nie zawiera oczywistej omyłki – jak wskazano powyżej, Wykonawca Smarte wypełnił, stosownie do instrukcji Zamawiającego, formularz nr 2, a to oznacza, że zamierzał dokonać obliczenia ceny zgodnie z instrukcją Zamawiającego. Zatem to cena określona w załączniku nr 4 jest ceną, jaką zaoferował Wykonawca Smarte. Cena zatem została należycie obliczona. Omyłka nastąpiła przy przenoszeniu danych do formularza ofertowego, co w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać za oczywiste. Stąd Zamawiający był uprawniony do jej poprawienia. W konsekwencji nie można uznać, że Zamawiający w jakikolwiek sposób próbował „ulepszyć” (jak zarzucał Zamawiającemu Odwołujący) ofertę Wykonawcy Smarte.

W konsekwencji powyższego, nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty

wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, koszty z tytułu noclegu i dojazdu Zamawiającego na rozprawę.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....