

Sygn. akt: KIO 2801/13

## WYROK

z dnia 18 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39b/5, 96-100 Skierniewice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Goniądz, pl. 11 Listopada 38, 19-110 Goniądz**

przy udziale wykonawcy **Hoven Inwestycje Sp. z o.o., ul. Bratysławska 1a, 31-201 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39b/5, 96-100 Skierniewice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39b/5, 96-100 Skierniewice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **ANTINUS Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39b/5, 96-100 Skierniewice** na rzecz **Gminy Goniądz, pl. 11 Listopada 38, 19-110 Goniądz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łomży.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający Gmina Goniądz prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii poprzez montaż kolektorów słonecznych w gminie Goniądz”

Odwołujący ANTINUS Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz na zaniechaniu przez Zamawiającego pełnego i szczegółowego uzasadnienia wskazanej wyżej czynności odrzucenia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące bezprawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo braku rzeczywistych i uzasadnionych przesłanek do dokonania przedmiotowej czynności przez Zamawiającego oraz pomimo faktu, że Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego wymagań technicznych oraz formalnych, art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie skutkujące brakiem pełnego i szczegółowego uzasadnienia przesłanek faktycznych podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia praktycznie sformułowania uzasadnienia odwołania w zakresie rzeczywistych przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, przepisu art 8 ust. 1 oraz 9 ust. 1 ustawy Pzp - wskutek zaniechania przez Zamawiającego przedstawienia pełnej, jawnej i pisemnej informacji wskazującej jednoznacznie na przyczyny odrzucenia oferty , tj. na warunki określone w SIWZ, których oferowane przez Odwołującego dostawy rzekomo nie spełniały, art. 7 ustawy Pzp - poprzez pogorszenie sytuacji prawnej Odwołującego względem pozostałych Wykonawców w zakresie możliwości obrony swoich praw w ramach przysługujących Odwołującemu środków ochrony prawnej, wskutek zaniechania przez Zamawiającego wskazania w uzasadnieniu faktycznych przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, tj. warunków określonych w SIWZ, których oferowane przez Odwołującego dostawy rzekomo nie spełniały, które to naruszenia miały wpływ na podjęcie przez Zamawiającego bezprawnej czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na bezprawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, nieuprawnionym wyborze oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego oraz nakazującego Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a to w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyniku postępowania Z treści zawiadomienia Odwołujący powziął informację o podjętej przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako „nie odpowiadającej

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia". W uzasadnieniu faktycznym rozstrzygnięcia Zamawiający podał, iż „Wykonawca nie spełnił warunków określonych w SIWZ dotyczących niektórych minimalnych parametrów technicznych, jakie mają posiadać zastosowane próżniowe kolektory słoneczne." Warunki te zostały określone w SIWZ i podlegały w trakcie Postępowania modyfikacji uwzględniającej w części zarzuty zgłaszane przez wykonawców o naruszenie uczciwej konkurencji przy określaniu minimalnych parametrów.

Odwołujący argumentował w treści odwołania, że treść uzasadnienia, bez jednoczesnego wskazania przez Zamawiającego konkretnych parametrów oferty Odwołującego sprzecznych z wymogami SIWZ, wskazuje na zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku takiego poinformowania Wykonawcy o przyczynach odrzucenia oferty, by powziął on pełną i jednoznaczną wiedzę w określonym zakresie. W ocenie Odwołującego doszło do naruszenia najistotniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasady jawności, pisemności oraz równego traktowania Wykonawców. Nie doszło, zdaniem Odwołującego, do ujawnienia wszystkim uczestnikom postępowania, a zwłaszcza temu najbardziej zainteresowanemu, faktycznych i wyczerpujących przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że na podstawie tak sformułowanego uzasadnienia nie jest w stanie określić, których warunków wskazanych w SIWZ nie spełnił. Nie ma on obowiązku domniemywać, czy też domyślać się, na czym polegają stwierdzone przez Zamawiającego nieprawidłowości w ofercie, prowadzące do jej odrzucenia. Nie jest w stanie szczegółowo odnieść się do poczynionych przez Zamawiającego względem jego oferty zarzutów. Doznaje uszczerbku jego sytuacja prawna w zakresie możliwości obrony swoich praw w ramach przysługujących mu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

Nadto Odwołujący podnosił, że Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, by oferowane przez Odwołującego dostawy nie odpowiadały wymaganiom określonym w SIWZ. A dowód zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp spoczywa przecież na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC).

Odwołujący podnosił także zarzut, że złożył w pełni ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Zaoferowane przez niego kolektory spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ i wymogach postępowania, co wykazał na etapie postępowania składając dokumenty wymagane przez Zamawiającego na tą okoliczność. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz na potwierdzenie, iż oferowane przez niego dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, złożył wszystkie wymagane dokumenty zgodnie z dyspozycją rozdziału IX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niezrozumiała jest dla Odwołującego podjęta przez Zamawiającego

czynność związana z odrzuceniem jego oferty w niniejszym postępowaniu. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, rozstrzygnięcie Zamawiającego pozostaje ono wadliwe i bezzasadne.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wskazywał, że postąpił zgodnie z dyspozycją art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p. przewidującą, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zamawiający wskazał w SIWZ minimalne wymagania w stosunku do oferowanego produktu. Świadczenie wykonawcy musi być zgodne z opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia. O tym czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ decyduje ich porównanie. Wskazał także, że z oferty Wykonawcy ANTINUS Sp. z o.o. wynikało wprost zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że współczynnik, który nie odpowiadał SIWZ został wskazany w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, poprzez zastosowanie pogrubionej czcionki. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, motywacja podana przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty ANTINUS Sp. z o.o. pozwalała pozyskać wiedzę o podstawach eliminacji oferty Odwołującego tj. o niespełnieniu określonych wprost przez Zamawiającego wymagań minimalnych, dotyczących określonego poziomu współczynnika utraty ciepła  $a_2$ . Zatem, zdaniem Zamawiającego, uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego pozwalało na uzyskanie wiedzy dotyczącej przesłanek faktycznych podjętej przez Zamawiającego czynności.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Hoven Inwestycje sp. z o.o.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu artykułu 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożył ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, miałby możliwość uzyskania zamówienia.

Izba stwierdziła, że bezzasadny jest zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez

Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie tego artykułu, skutkujące bezprawnym odrzuceniem oferty Odwołującego. Jak ustaliła Izba, Odwołujący nie wykazał spełnienia wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ parametru współczynnika utraty ciepła  $a_2$ .

Izba ustaliła, że Zamawiający w treści SIWZ przedstawił wymagania techniczne, jakim odpowiadać miały zaoferowane przez wykonawców kolektory słoneczne. Jednym z określonych przez Zamawiającego parametrów, jakim powinny odpowiadać oferowane urządzenia, był współczynnik utraty ciepła  $a_2$  „kwadratowy” ( $W/m^2/K^2$ ) w odniesieniu do powierzchni apertury. Zamawiający określił wartość maksymalną dla tego parametru, a więc taką, której oferowanych kolektor nie powinien przekroczyć. Kolektory miały nie przekraczać  $0,01$  ( $W/m^2/K^2$ ) w odniesieniu do powierzchni apertury. Odwołujący (stosownie do wymagań SIWZ) złożył w ofercie wyniki pomiarów specjalistycznego laboratorium w zakresie oferowanych parametrów urządzenia. Ta część oferty Odwołującego została przez Odwołującego zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba ustaliła, że z treści oferty Odwołującego (z przedstawionych pomiarów wykonanych w laboratorium) wynika, że oferowany przez Odwołującego kolektor przekracza wymaganą przez Zamawiającego w SIWZ wartość  $0,01$  ( $W/m^2/K^2$ ). Odwołujący zaoferował urządzenie, które o kilka tysięcznych przekracza maksymalny określony przez Zamawiającego parametr współczynnika  $a_2$   $0,01$  ( $W/m^2/K^2$ ). W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że sposób prezentacji parametrów jako trzycyfrowy wynik pomiaru laboratorium nie ma znaczenia dla oceny, czy oferowane urządzenie odpowiada treści SIWZ. Nie jest bowiem istotny sposób prezentacji wyniku, czy został określony tak jak w SIWZ (a więc wyrażony liczbą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku), czy tak jak w wynikach przedstawionych przez laboratorium (wyrażony liczbą z dokładnością określoną do trzech miejsc po przecinku). Istotna jest wskazana wartość parametru. Nie ulega żadnej wątpliwości, że parametr współczynnika ciepła  $a_2$  określony w ofercie Odwołującego jest większy niż określony w SIWZ, a tym samym oferowane urządzenie nie spełnia wymogów SIWZ.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej, ani tego, że tysięczne części nie mają znaczenia dla działania urządzenia. W ocenie Izby dla oceny wielkości parametru, tysięczne części mają znaczenie, co potwierdzają zasady matematyki i fakt, że w rzeczywistości zaoferowane urządzenie przekracza wymaganą przez Zamawiającego wartość parametru współczynnik ciepła  $a_2$  aż o kilkadziesiąt procent.

Podkreślić należy, że nie było obowiązkiem Zamawiającego wskazywanie w SIWZ sposobu oceny parametrów ani też wskazywanie zasad zaokrąglania. Ocena parametrów, ich wielkości, wynika z ogólnych zasad porównania zaoferowanych parametrów w stosunku do wymagań SIWZ. Zasady zaokrąglania również wynikają z ogólnie obowiązujących zasad – zasad matematyki. A te z kolei stanowią, że każda z liczb od 5 do 9 spowoduje zwiększenie

cyfry poprzedzającej o jedną wartość. Bez wątplenia zatem zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie odpowiada wymaganiom SIWZ.

Izba uznała, że przedstawiona przez Odwołującego jako dowód kopia katalogu technicznego oferowanego kolektora słonecznego nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zamawiający miał możliwość ocenić spełnienie wymagań w zakresie parametrów oferowanego urządzenia jedynie na podstawie załączonych do oferty wymaganych wyników badań specjalistycznego laboratorium. Kopia katalogu technicznego producenta urządzenia nie była wymagana przy składaniu ofert.

W ocenie Izby niezasadny jest także zarzut Odwołującego, że w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zostały wskazane podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Należy zauważyć, że Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty. W uzasadnieniu faktycznym rozstrzygnięcia Zamawiający podał, iż „Wykonawca nie spełnił warunków określonych w SIWZ dotyczących niektórych minimalnych parametrów technicznych, jakie mają posiadać zastosowane próżniowe kolektory słoneczne.” Nadto Zamawiający wskazał pewną grupę parametrów urządzenia, a określony, niespełniający wymagań Zamawiającego parametr (współczynnik ciepła  $a_2$ ) napisał pogrubioną czcionką, co mogło wprost naprowadzić Odwołującego na okoliczność faktyczną, wskazującą, że ten właśnie parametr jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w SIWZ. W ocenie Izby faktycznie, sporządzona przez Zamawiającego informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie jest doskonała. Oczywiście jest, że wszelkie okoliczności winny jasno wynikać z treści takiej informacji, aby Wykonawcy nie byli zobowiązani domyślać się faktycznych podstaw odrzucenia ich oferty. Jednakże w niniejszej sprawie nie sposób pominąć szczególnej okoliczności, którą Izba wzięła pod uwagę. Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część oferty, w której przedstawione zostały parametry oferowanego kolektora słonecznego. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że nie przytaczał wartości parametru współczynnika ciepła  $a_2$  z treści oferty Odwołującego, aby nie naruszyć zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego też względu Odwołujący nie może czynić zarzutu, że Zamawiający nie wskazał w treści informacji wprost parametru, który nie odpowiadał treści SIWZ. Nadto z przebiegu rozprawy wynikało, że Odwołujący miał świadomość, który parametr nie odpowiadał treści SIWZ. Odwołujący wskazywał okoliczności faktyczne i przedstawiał w trakcie rozprawy dowody, które miały potwierdzać, że parametr współczynnika ciepła  $a_2$  jest w jego ocenie zgodny z wymaganiami SIWZ. W konsekwencji Izba uznała także za nieuzasadnione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7, art. 8 ust.1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....