

WYROK

z dnia 28 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **28 maja 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **7 maja 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i montaż kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Ostrów Lubelski w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Ostrów Lubelski”* (nr postępowania PUI-271.1.1.2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Ostrów Lubelski**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Ostrów Lubelski prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa i montaż kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Ostrów Lubelski w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Ostrów Lubelski”* (nr postępowania PUI-271.1.1.2018).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 31 stycznia 2018 r. nr 2018/S_021 pod poz. 043520.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

27 kwietnia 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Sanito”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SAM sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie {dalej również: „Sam”}.

7 maja 2018 r. Odwołujący wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 pkt – przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Sam, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} odnośnie zaoferowanego w części I przedmiotu oferty.
3. Art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 – przez poinformowanie o dokonaniu wyboru oferty Sam jako najkorzystniejszej w części I zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien odrzucić tę ofertę i wybrać ofertę Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia.

2. Powtórzenia oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Samu oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Według relacji Odwołującego:

W projekcie budowlanym zbiorczym – lokalizacja na dachu, stanowiącym integralną część SIWZ, w tabeli 1 ustalono minimalne parametry decydujące o równoważności oferowanych przez wykonawców rozwiązań, w tym że minimalna moc wyjściowa z kolektora przy nasłonecznieniu 1000 W/m^2 i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2:2007 lub równoważnej) ma wynosić 1630 W

Z certyfikatu Solar Keymark wynika, że w powyżej opisanych warunkach urządzenie zaoferowane przez Sam osiąga 1626 W.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, która nie spełnia wymagania określonego w SIWZ. Odwołujący powołał się na to, że według utrwalonego orzecznictwa treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdy proponuje inny przedmiot, terminy wykonania zamówienia, niż określił to zamawiający w SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że powyższa niezgodność nie może być poprawiona w wyniku uzupełnienia czy wyjaśnień wykonawcy, gdyż doszłoby do zmiany treści oferty z naruszeniem art. 87 ust. 2 pzp. W sytuacji gdy dokumenty składane na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymogom zamawiającego, wprost wskazują na niezgodność oferowanych parametrów, niedopuszczalne jest przedstawienie nowych bądź uzupełnionych dokumentów, gdyż w konsekwencji prowadziłyby to do zmiany zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę na konieczność respektowania ustalonych uprzednio wymagań określonych w SIWZ, które Zamawiający ma obowiązek egzekwować od każdego z wykonawców.

W odpowiedzi na odwołanie (datowanej na 24 maja 2018 r.) Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego zarzut niezgodności oferty Sam z SIWZ jest bezprzedmiotowy, gdyż w wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ z 27 lutego 2018 r. w odpowiedzi na prośbę o dopuszczenie w zakresie równoważności przyjętych rozwiązań kolektora słonecznego o powierzchni brutto nie mniejszej niż $2,4 \text{ m}^2$, pod warunkiem zaoferowania kolektora, którego moc dla różnicy temperatury δT wynoszącej odpowiednio 0°K , 10°K , 30°K , 50°K i 70°K jest wyższa niż moc kolektora według wymagań

zamawiającego – zgodził się równocześnie na określenie poszczególnych parametrów mocy według zestawienia pytającego tj.:

- 1833 W (dla $\delta T = 0^\circ$ i $G = 1000 \text{ W/m}^2$) – podczas gdy kolektora Sam osiąga 1918 W,
- 1746 W (dla $\delta T = 10^\circ\text{K}$ i $G = 1000 \text{ W/m}^2$) – podczas gdy kolektor Sam osiąga 1824 W,
- 1551 W (dla $\delta T = 30^\circ\text{K}$ i $G = 1000 \text{ W/m}^2$) – podczas gdy kolektor Sam osiąga 1626 W,
- 1327 W (dla $\delta T = 50^\circ\text{K}$ i $G = 1000 \text{ W/m}^2$) – podczas gdy kolektor Sam osiąga 1417 W,
- 1072 W (dla $\delta T = 70^\circ \text{K}$ i $G = 1000 \text{ W/m}^2$) – podczas gdy kolektor Sam osiąga 1195 W,

odchodząc tym samym od określania minimalnej mocy kolektora na poziomie min 1630 W dla $\delta T 30^\circ \text{K}$ i $G = 1000\text{W/m}^2$, utrzymując jednak warunek minimalnej mocy kolektora wyższej niż w powyższym zestawieniu w każdym zakresie δT , przy zachowaniu pozostałych minimalnych parametrów określonych w SIWZ i w poszczególnych odpowiedziach na pytania, jakie się pojawiły podczas stępowania przetargowego.

Zamawiający podkreślił, że zgadzając się na moc wyższą w każdym z powyższych zakresów, wyraził tym samym zgodę na moc 1551 W lub więcej dla dla $\delta T = 30^\circ\text{K}$.

Zamawiający dodał, że powyższa informacja ukazała się na jego stronie internetowej 27 lutego 2018 r., a ponadto z uwagi na zmianę SIWZ przedłużył termin składania ofert, dając tym samym potencjalnym wykonawcom czas na przygotowanie oferty.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, który skarży zaniechanie odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, wykazał spełnienie powyższych przesłanek.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że o ile w odwołaniu adekwatnie przywołano brzmienie wymagania zawartego w pierwszym wierszu tabeli nr 1 zatytułowanej „Minimalne parametry decydujące o równoważności” zamieszczonej w każdym z projektów budowlanych zbiorczych (dla różnych lokalizacji płyt solarnych – na dachu, na gruncie itd.), a także w specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (ST-2 System solarny), o tyle istotne znaczenie dla sprawy ma fakt, że następnie Zamawiający, co przypomniał w odpowiedzi na odwołanie, udzielił wyjaśnień treści s.i.w.z. dotyczących m.in. tego parametru (w odpowiedzi na pytanie 1 z zestawu 2), które *de facto* zmieniły treść opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że akurat dla różnicy temperatur $\delta T = 30^{\circ}K$ przy nasłonecznieniu 1000 W/m^2 minimalna moc wyjściowa z kolektora musi wynosić co najmniej 1551 W.

Zupełnie nieprzekonująca dla Izby była argumentacja Odwołującego na rozprawie sprowadzająca się w istocie do przejścia nad zmianą treści s.i.w.z. do porządku dziennego przez wyrwanie z kontekstu odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego. Tymczasem oczywiste jest, że została ona udzielona w odpowiedzi na konkretne pytanie, które również zostało zacytowane w piśmie zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, stąd jej znaczenie jest dokładnie takie, jak to zaprezentowano w odpowiedzi na odwołanie.

Nie ma znaczenia, w jaki sposób wykonawca zadający pytanie dokonał obliczeń minimalnej mocy kolektora w poszczególnych zakresach różnic temperatur jako wartości wynikających z wszystkich parametrów opisu zamieszczonego w tabeli nr 1, gdyż Zamawiający udzielając odpowiedzi aprobującej na zgłoszony wniosek, uznał je za prawidłowe i obowiązujące. Ponadto to na Odwołującym, jako usiłującym wywieść określone skutki prawne z twierdzenia, że obliczenia te są błędne, ciążył z mocy art. 190 ust. 1 ciężar jego udowodnienia, czego w ogóle się nie podjął.

W dalszym planie umknęło Odwołującemu, że zgodnie z powszechnie akceptowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem ewentualne niejasności treści specyfikacji nie mogą powodować eliminacji z postępowania wykonawcy, który w dobrej wierze zastosował się do postanowień s.i.w.z., które mogły zostać również zinterpretowane w inny sposób.

W ocenie Izby w tej sprawie wykonawca Sam w dobrej wierze skorzystał ze zmiany opisu przedmiotu zamówienia.

Natomiast Odwołujący w złej wierze usiłuje zinterpretować wyjaśnienia udostępnione na równi wszystkim wykonawcom w taki sposób, jakby *de facto* ich udzielenie nie wprowadziło żadnych zmian (z wyjątkiem dopuszczenia powierzchni brutto mniejszej o 0,1 m²). Tymczasem Odwołujący, jeżeli uważał wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego za niejasne, błędne z punktu widzenia wskazań wiedzy technicznej lub naruszające przepisy ustawy pzp dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, mógł i powinien domagać się od Zamawiającego wyjaśnień lub wnieść odwołanie na treść pisma opublikowanego na stronie internetowej, czego jednak zaniechał.

Jednocześnie niesporną okolicznością było, że kolektor solarny oferowany przez Sam cechuje się w tym zakresie moc wyjściową na poziomie 1630 W.

W rezultacie Izba stwierdziła – po uwzględnieniu istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych, które zostały w odwołaniu przemilczane – że zarzut zawarty w odwołaniu jest bezprzedmiotowy, gdyż w ogóle nie zaistniała w zarzucanym zakresie niezgodność treści oferty Sam z treścią opisu przedmiotu zamówienia.

W tych okolicznościach bez znaczenia jest okoliczność, że w odwołaniu przedstawiono adekwatną interpretację prawną zakresu zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W konsekwencji bezzasadne są również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: