

WYROK
z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8, 19 i 29 czerwca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2020 r. przez wykonawcę

Eco-Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Częstochowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających:

Gmina Gromnik, Gmina Skrzyszów, Gmina Lisia Góra, Gmina Żabno, Gmina Tarnów, Gmina Wierzchosławice, Gmina Zakliczyn, Gmina Ryglice, Gmina Ciężkowice, Gmina Tuchów, Gmina Niepołomice, Gmina Wieliczka, Gmina Myślenice, Gmina Gdów, Gmina Biskupice, Gmina Kłaj, Gmina Jodłownik, Gmina Rabka-Zdrój, Gmina Gołcza, Gmina Bukowno, Gmina Klucze, Gmina Krzeszowice, Gmina Olkusz, Gmina Wolbrom, Gmina Trzyciąż, Gmina Charsznica, Gmina Miechów, Gmina Słaboszów, Gmina Raclawice, Gmina Kozłów, Gmina Książ Wielki, w imieniu których działa Gmina Gromnik – pełnomocnik wyznaczony na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, która na podstawie art. 15 ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych powierzyła prowadzenie postępowania podmiotowi trzeciemu: **Stowarzyszenie Zielony Pierścień Tarnowa z siedzibą w Skrzyszowie**

przy udziale wykonawcy **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiających

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającym:
 - 2.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Subregionu Wielickiego – w części B i Subregionu Olkuskiego – w części B,
 - 2.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie Subregionu Wielickiego – w części B i Subregionu Olkuskiego – w części B,
 - 2.3. odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – oferty złożonej przez wykonawcę Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie Subregionu Wielickiego – w części B i Subregionu Olkuskiego – w części B,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiających i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eco-Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Zamawiających na rzecz wykonawcy Eco-Team Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Gromnik, Gmina Skrzyszów, Gmina Lisia Góra, Gmina Żabno, Gmina Tarnów, Gmina Wierzchosławice, Gmina Zakliczyn, Gmina Ryglice, Gmina Ciężkowice, Gmina Tuchów, Gmina Niepołomice, Gmina Wieliczka, Gmina Myślenice, Gmina Gdów, Gmina Biskupice, Gmina Kłaj, Gmina Jodłownik, Gmina Rabka-Zdrój, Gmina Gołcza, Gmina Bukowno, Gmina Klucze, Gmina Krzeszowice, Gmina Olkusz, Gmina Wolbrom, Gmina Trzyciąż, Gmina Charsznica, Gmina Miechów, Gmina Słaboszów, Gmina Raclawice, Gmina Kozłów, Gmina Książ Wielki, w imieniu których działa Gmina Gromnik – pełnomocnik wyznaczony na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, która na podstawie art. 15 ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych powierzyła prowadzenie postępowania podmiotowi trzeciemu: Stowarzyszenie Zielony Pierścień Tarnowa – zwani dalej „Zamawiającym” – prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE – zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. *EKSPORTERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI* z podziałem na części w ramach subregionów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 sierpnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 150-368527. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Eco-Team Sp. z o.o. sp. komandytowa wniósł odwołanie dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie kolektorów słonecznych część B: subregion wielicki i olkuski, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sanito Sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jako parametry minimalne oferowanych rozwiązań, a stan ten nie uległ zmianie mimo zmiany parametrów produktu w ofercie Sanito Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Sanito Sp. z o.o. z postępowania, mimo iż w ocenie Odwołującego wykonawca ten wskazał w swojej ofercie produkty nieistniejące – zaofertowany zasobnik mając na uwadze

jego parametry techniczne nie może być zasobnikiem o klasie energetycznej A. Powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ w oparciu o nie Zamawiający uznał, iż oferta Sanito Sp. z o.o. spełnia wymagania i na tej podstawie została uznana za najkorzystniejszą,

3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany oferty na skutek złożenia wyjaśnień faktycznie do karty katalogowej i oferowanego produktu, co spowodowało finalnie zmianę treści oferty sprzeczną z przepisami prawa,

4. w konsekwencji – art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która powinna być odrzucona z uwagi na niespełnianie parametrów, a nadto wykonawca powinien być wykluczony z postępowania i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo iż oferta tego wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu,

5. w konsekwencji – art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nieuprawnione pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, którego oferta nie spełniała wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty Sanito Sp. z o.o. z uwagi na niespełnienie parametrów przez zaoferowany zasobnik Lemet 500SE, a także wobec zmiany treści oferty sprzecznie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także wykluczenie tego wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą wobec ziszczenia się przesłanki wykluczenia, wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

2. dopuszczenie dowodu z opinii rzeczoznawcy, biegłego sądowego, oraz opinii – obliczeń strat ciepła i określenia klasy energetycznej dla zbiornika Lemet SE 500 o pojemności 500 l wykonanej przez niezależną jednostkę na okoliczność, że zaoferowany zasobnik nie posiada klasy energetycznej A, co wynika z informacji zawartych w uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego karcie technicznej zasobnika Lemet 500 SE, zmienionej,

3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, że zaoferowany zasobnik nie posiada klasy energetycznej A (fakt, iż zasobnik nie posiada klasy energetycznej A, bowiem zestawienie całości parametrów wskazanych w karcie katalogowej powoduje niemożliwość osiągnięcia wyniku dla klasy energetycznej A).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 9 marca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu czynności wyboru oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie kolektorów słonecznych część B dla subregionu wielickiego i olkuskiego. Był to wybór po uwzględnieniu odwołania wniesionego przez Odwołującego, w którym Odwołujący zakwestionował prawidłowość wyboru oferty Sanito Sp. z o.o., z uwagi między innymi na niespełnienie wymagań w zakresie parametrów oferowanych zasobników w związku z podaniem przez Sanito, że zaoferowany zasobnik spełnia klasę energetyczną A przy jednoczesnym podaniu, że ten zasobnik posiada straty postojowe na poziomie 110 W. Po przeprowadzeniu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w całości i stwierdziła, że Zamawiający, dokonując oceny oferty Sanito Sp. z o.o. naruszył art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 1 i art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uwzględnienie odwołania było wynikiem oceny stanowiska Odwołującego, które w całości oparte było o obowiązujące przepisy prawa, w tym w szczególności o rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 812/2013 z dnia 18 lutego 2013 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE w odniesieniu do etykiet efektywności energetycznej dla podgrzewaczy wody, zasobników ciepłej wody użytkowej i zestawów zawierających podgrzewacz wody i urządzenie słoneczne (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U. L 239 z 6.9.2013). Przedmiotowe rozporządzenie jest obowiązującym aktem prawnym dla wszystkich produktów i producentów zasobników ciepłej wody użytkowej, ustanawiając m.in. wymogi dotyczące etykietowania efektywności energetycznej i dostarczania uzupełniających informacji o produkcie dla podgrzewaczy wody o znamionowej mocy cieplnej ≤ 70 kW, zasobników ciepłej wody użytkowej o pojemności magazynowej ≤ 500 litrów oraz zestawów zawierających podgrzewacz wody o znamionowej mocy cieplnej ≤ 70 kW i urządzenie słoneczne. Rozporządzenie to dotyczy przedmiotowego postępowania, bowiem zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz dokonanymi modyfikacjami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności odpowiedzią na pytanie nr 11 z 26 września 2019 r. Zamawiający wymagał zasobników o pojemnościach do 500 litrów, które miały spełniać określone przez niego parametry.

Jak wynika z załącznika nr 8B do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączonych do niego schematów instalacji solarnych dla subregionów wielickiego i olkuskiego, aby spełnić wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należało zaoferować zasobniki o pojemności 500 l i maksymalnych wymiarach podanych w odpowiedzi na ww. pytanie nr 11. Sanito Sp. z o.o. zaoferował zasobnik o pojemności nominalnej 500 l, pojemności rzeczywistej 469 l, wysokości 1,914 m, szerokości 0,812 m.

Zgodnie z treścią dokumentacji rozdział 9. zasobnik solarny powinien posiadać:
a) współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany według normy EN 12664:2001,

przez akredytowane laboratorium, wynoszący maksimum 0,0205 W/mK przy $\Delta T=10[^\circ\text{C}]$, oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T =30 [^\circ\text{C}]$ lub b) być zasobnikiem w klasie energetycznej A.

Oznacza to, że dla potwierdzenia spełniania wymagań Zamawiającego należało potwierdzić klasę energetyczną zasobnika lub przedstawić wyniki badań na izolacyjność materiału wykorzystywanego do izolacji zasobnika. Jeśli zatem wykonawca przyjął zasadę, że potwierdza klasę energetyczną, to oznacza, że posiada zasobnik przebadany, zweryfikowany i oznaczony zgodnie z rozporządzeniem 812/2013, które definiuje, kiedy producent i po spełnieniu jakich wymagań może nadać zbiornikowi klasę energetyczną A. Nie ma innych sposobów na nadawania klasy energetycznej zasobnika niż poprzez spełnienie wymagań i przeprowadzenie badań zgodnie z tym rozporządzeniem.

Obowiązki producentów dla możliwości nadania klasy efektywności energetycznej A wynikają z: a) obowiązków informacyjnych związanych z oznaczeniem, tj. art. 3 ust. 1 lit. c) i d), które zobowiązują producenta, aby wszelkie techniczne materiały promocyjne, które dotyczą określonego modelu podgrzewacza wody i opisują jego szczegółowe parametry techniczne, zawierały wskazanie klasy efektywności energetycznej podgrzewania wody dla danego modelu w warunkach klimatu umiarkowanego, b) takich samych obowiązków informacyjnych dla dystrybutorów – art. 4 ust. 1 lit. c) i d) nakładające te same obowiązki na dystrybutorów zasobników, c) procedur związanych z przeprowadzaniem badań przed nadaniem klasy – art. 5, który zobowiązuje do tego, aby wszelkie informacje uzyskane były przy zastosowaniu rzetelnych, dokładnych i odtwarzalnych pomiarów i obliczeń, z uwzględnieniem uznanych najnowocześniejszych metod pomiarów i obliczeń zgodnie z załącznikami VII i VIII i i art. 6 który wskazuje, że klasę efektywności można określić jedynie po przeprowadzeniu oceny zgodności deklarowanej klasy efektywności energetycznej i deklarowanej straty postojowej zasobników zgodnie z załącznikiem IX, d) wymagania i regulacje dotyczące informacji na etykiecie wyrobu – załącznik nr III, gdzie wskazuje się, że poza klasą efektywności energetycznej należy zamieszczać takie informacje jak: klasa efektywności, straty postojowe, pojemność, co oznacza, że nie może być mowy o jakiegokolwiek omyłce pisarskiej w treści karty katalogowej w zakresie informacji na temat strat postojowych, bowiem jest to parametr określany za pomocą badań i konieczny do ujawnienia na etykiecie produktu.

Oznacza to, że Zamawiający nie mógł uznać za właściwe twierdzenia o omyłce w zakresie straty postojowej. Izba bowiem zobowiązała do wyjaśnienia, jaka jest klasa energetyczna przy starcie postojowej 110 W. Uzupelnienie karty katalogowej ze zmienioną wartością na 57 W musiało być podparte dowodem w postaci wykazania, że zasobnik rzeczywiście spełnia klasę energetyczną A. Np. poprzez udowodnienie oznaczenia –etykiety dla danego produktu, który, jak się okazuje z treści wyjaśnień, nie istnieje. Sanito Sp. z o.o. przyjął linię obrony

sprawdzającą się do twierdzenia, że nastąpiła omyłka we wpisaniu wartości dotyczącej strat postojowych, co nie może być prawdą. Straty postojowe to obligatoryjny parametr wymagany przepisami prawa, który musi być podawany za każdy razem dla zasobnika, badanie w zakresie tego parametru determinuje klasę zasobnika. Nie można zatem dowolnie określać żadnego z tych parametrów i w dowolny sposób tych parametrów modyfikować, bowiem sposób ich weryfikacji musi wynikać z przeprowadzonych uprzednio badań wskazanych w rozporządzeniu. Z tego też powodu Izba zobowiązała do złożenia wyjaśnień, czego w przekonaniu Odwołującego Zamawiający nie uczynił, nie zweryfikował bowiem w żaden sposób prawdziwości oświadczenia o istnieniu omyłki, a w konsekwencji nie potwierdził spełniania wymagań przez oferowane zasobniki. Nie mógł przyjąć za wiarygodne takiego oświadczenia, bowiem nie przedstawiono na tę okoliczności żadnego wiarygodnego dowodu, ale również z tego powodu, że zasobnik taki nie istnieje. W treści wyroku zostało odnotowane oświadczenie Sanito Sp. z o.o.: „Z kolei przystępujący na rozprawie wyjaśnił, że kwestionowany zasobnik Lemet 20.500 SE nie jest produkcją bieżącą, tylko pod potrzeby przedmiotowego zamówienia. Dlatego sugeruje, że w jego ocenie producent wystawiając kartę katalogową mógł się pomylić. Oświadczył również, że nie ma takiego produktu na rynku chociażby, jeśli chodzi o kwestie izolacji i zamawiający otrzyma, tak jak zaoferowaliśmy produkt w klasie energetycznej A”. Nie jest zatem możliwe, aby móc określić jakkolwiek klasę energetyczną dla produktu nieistniejącego. Jedynie produkty istniejące i przebadane mogą mieć nadaną klasę efektywności energetycznej. Gdyby taki produkt istniał i miał faktycznie zdefiniowaną klasę energetyczną, to wykonawca dysponowałby badaniami. Dla uzyskania prawa do określenia klasy energetycznej konieczne jest spełnienie wymagań rozporządzenia i przeprowadzenie badań, obliczeń do celów zgodności i weryfikacji, czego efekty znajdują się w karcie produktu danego urządzenia, która jest jedynym wiarygodnym źródłem wiedzy na temat klasy energetycznej. Zatem karta produktu lub etykieta to jedyne źródło prawdziwych informacji na temat klasy energetycznej. Nie jest możliwe więc, aby można było nadać klasę energetyczną zasobnikowi, który nie istnieje, w stosunku do którego nie przeprowadzono badań, pomiarów i obliczeń do celów zgodności i weryfikacji zgodności z wymogami rozporządzenia w oparciu o zharmonizowane normy. Tak więc twierdzenia Sanito Sp. z o.o., że zasobniki zostaną wykonane lub że zostanie w nich wykorzystana unikatowa pianka poliuretanowa w zderzeniu z obowiązującym rozporządzeniem jasno wskazują, że nie można określić klasy efektywności dla nieistniejącego zasobnika. Tym samym oferta podlega odrzuceniu.

Zamawiający w załączniku nr 8B, żądając zaoferowania zasobników określił – wyżej wskazany – dwójaki sposób potwierdzenia jakości oferowanych produktów. Odwołujący jest pewien i w tym zakresie przedłoży dowód na rozprawie, że nie jest możliwe spełnienie wymagań za

pomocą klasy efektywności dla zasobników o gabarytach wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślić należy, że nie było możliwości łączenia dwóch sposobów potwierdzania spełniania wymagań co do oferowanych zbiorników: można dać albo badania na izolacyjność i wówczas klasa efektywności zbiornika oferowanego nie ma znaczenia i tylko wówczas może dojść do wyprodukowania zbiornika na potrzeby tego zamówienia z użyciem tego materiału, jaki został przebadany i zweryfikowany przez Zamawiającego – albo za pomocą karty technicznej opisującej klasę efektywności, ale wówczas musi istnieć produkt, który jest przebadany i zweryfikowany, co oznacza, że nie można w nim dokonywać żadnych przeróbek, co próbuje sugerować Sanito Sp. z o.o. Każda bowiem ingerencja wymaga od nowa zbadania produktu i wydania karty technicznej, w której dopiero zostanie określona klasa efektywności. Nie jest zatem możliwe złożenie deklaracji dla klasy efektywności dla niezbadanego i nieistniejącego produktu.

Posługiwanie się pojęciem klasy efektywności determinuje to, że produkt musiał zostać przebadany zgodnie z przywołanym rozporządzeniem i wprowadzony do obrotu.

Krajowa Izba Odwoławcza wydając orzeczenie stwierdziła: „Pomimo że Zamawiający nie wymagał wprawdzie podawania przez wykonawców poziomu strat postojowych zasobnika (dokumentacja techniczna stanowiąca załącznik nr 8B do siwz) to jednak nie zwalnia go to z obowiązku badania treści przedkładanych przez wykonawców dokumentów. W ramach obowiązku należytej staranności, zamawiający winien sprawdzać dokumenty, a czego zaniedbał na etapie trybu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Otrzymując zatem kartą techniczną (kartę katalogową Sanito Sp. z o.o.) zasobnika z wpisaną stratą postojową na poziomie 110, zamawiający miał obowiązek wyjaśnić, czy spełniony został wymóg, aby zasobnik z taką stratą postojową posiadał klasę energetyczną A. Wymóg złożenia karty technicznej kolektora i zasobnika znajduje się w pkt. 8.4.2.c) siwz, które z kolei znajduje się w rozdziale IV siwz zatytułowanym: <<Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia, zasady składania oświadczeń i dokumentów forma dokumentów>>. Oznacza to, że wyżej wymieniona karta techniczna jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp i do którego zastosowanie ma m.in. art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy pzp. Wobec przedstawionych okoliczności faktycznych Zamawiający ma zatem obowiązek wezwać wykonawcę Sanito Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, jaką klasę energetyczną posiada oferowany zasobnik, skoro jego straty postojowe są na poziomie 110 W. W przypadku złożenia przez Wykonawcą Sanito Sp. z o.o. wyjaśnień wskazujących na zmianę poziomu strat postojowych zasobnika, zamawiający zobowiązany będzie wezwać wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, do złożenia karty technicznej potwierdzające zarówno klasę energetyczną A zasobnika, jak i pozostałe parametry pozwalające na uzyskanie

wymaganej klasy energetycznej. Dopiero w przypadku złożenia przez wykonawcę Sanito wyjaśnień lub karty technicznej niepozwalających na stwierdzenie, że zasobnik posiada faktycznie klasę energetyczną A zamawiający zobowiązany będzie odrzucić ofertę Sanito w kwestionowanych częściach zamówienia na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy pzp. Tak więc zamawiający był zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób możliwe jest, aby przy starcie postojowej zasobnik mógł posiadać klasę energetyczną A. A jeśli wykonawca nie będzie potrafił tego uzasadnić (nie da się bowiem tego uzasadnić, gdyż klasa energetyczna jest wynikiem innych danych technicznych zasobnika, które są przeliczalne w oparciu o rozporządzenie) zobowiązany jest do wezwania uzupełnienia karty technicznej.”

Karta techniczna to dokument uregulowany postanowieniami ww. rozporządzenia. Ponadto Izba zobowiązała Zamawiającego do zbadania klasy energetycznej, jak i pozostałych parametrów pozwalających na uzyskanie wymaganej klasy. Zamawiający zatem – wbrew nakazowi wynikającemu z wyroku nie dokonał żadnej weryfikacji danych znajdujących się w karcie technicznej, bowiem dane z tej karty – nawet karty uzupełnionej przez Sanito Sp. z o.o. – nie mogą wskazywać na to, że zasobnik jest w klasie energetycznej A.

Przy parametrach gabarytowych, rodzaju zastosowanej izolacji, grubości izolacji, pojemności zasobnika wskazanych w karcie katalogowej nie ma fizycznej ani technicznej możliwości, aby zbiornik ten osiągnął straty postojowe na poziomie pozwalającym na zakwalifikowanie go do klasy efektywności energetycznej A. W konsekwencji oznacza to, że produkt ten nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Linia orzecznicza w kwestii niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji jest ugruntowana i prowadzi do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o. Mamy bowiem do czynienia z niezgodnością w merytorycznym aspekcie treści oferty poprzez zaoferowanie produktu niespełniającego wymagań określonych przez Zamawiającego, co determinuje stwierdzenie, że oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Niezależnie od konieczności odrzucenia oferty zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sanito Sp. z o.o. bowiem podała nieprawdę informacje – również w uzupełnionym zakresie. Wykonawca sam sobie zaprzecza, czego Zamawiający stara się nie widzieć. Jeśli jakkolwiek podmiot chciał potwierdzenia spełniania wymagań za pomocą klasy energetycznej, to potwierdzeniem spełniania tego wymagania jest karta techniczna. I nie ma tu znaczenia argumentacja Sanito Sp. z o.o., iż nie ma postawionych wymagań odnośnie karty katalogowej, albowiem w zakresie wymagań co do kart katalogowych zmieniła się specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Zmiana ta dotyczyła innego rozporządzenia niż rozporządzenie 812 odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a dodatkowo rozporządzenie, które jest

obligatoryjne dla wszystkich producentów zasobników mówi również o innych materiałach opisujących zasobnik, tj. materiałach reklamowych, wszelkich technicznych materiałach promocyjnych, które dotyczą określonego modelu zasobników, które opisują parametry techniczne muszą odnosić się do informacji o klasie energetycznej, a skoro tak, to jej określenie wymaga spełnienia wszystkich wymagań tego rozporządzenia, nie może sobie dowolnie pod pretekstem omyłki zmienić zasadniczego parametru karty katalogowej. Bowiem wszelkie wartości wynikają z badań i w tym zakresie Zamawiający uchybił obowiązkowi należytego zbadania uzupełnione karty technicznej, co do której Izba wyraźnie wskazała, że w przypadku zmiany wartości straty postojowej Zamawiający ma obowiązek zbadać prawdziwość oświadczenia dotyczącego klasy energetycznej za pomocą wszelkich innych wartości. Na poprzedniej rozprawie Sanito Sp. z o.o. próbowała pod pretekstem utajnienia informacji technicznych przekonać Izbę o prawdziwości swoich oświadczeń, dowody te jednak zostały wycofane przez Sanito Sp. z o.o.

Jak wynika z przytoczonych przepisów prawa dotyczących kwalifikowania w zakresie klasy energetycznej oraz parametrów technicznych zawartych w karcie katalogowej, w tym w szczególności w zakresie strat postojowych, gabarytów oraz izolacji zaoferowanego zasobnika podanie w ofercie, że zasobnik Lemet 500 SE jest w klasie energetycznej A, nie jest prawdziwa. Odwołujący nie przesądza, skąd w karcie katalogowej produktu pojawiła się ta informacja, ale nosi ona cechy celowego i świadomego działania zmierzającego do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia.

Przesłanka wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczyć może zarówno winy umyślnej, jak i nieumyślnej. Podanie nieprawdziwej informacji potwierdza kwalifikowaną postać winy, tj. winę umyślną i świadomość działania wykonawcy w celu pozostania w postępowaniu. Nie podlega badaniu przez Odwołującego obszar winy wykonawcy w tym zakresie. Z tego też powodu nie sposób na tym etapie weryfikacji oferty i składanych przez Sanito Sp. z o.o. dokumentów wnioskować, czy przedstawienie nieprawdziwych w informacji wynikało z lekkomyślności czy niedbalstwa wykonawcy – wobec braku weryfikacji posiadanych informacji, czy też było celowym jego działaniem. Pozostaje to jednak bez wpływu na kwalifikację przekazanej Zamawiającemu informacji jako wypełniającej przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Działanie celowe – gdyby o takim była mowa w niniejszym postępowaniu – jest kwalifikowaną formą niedbalstwa czy lekkomyślności jako zamierzonego działania i tym bardziej powoduje spełnienie przesłanki winy, o której mowa w tym artykule. Celem wprowadzenia przesłanki wykluczenia o takiej treści było zmuszenie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania. Drugim celem jej wprowadzenia

było zapobieganie nieuczciwym bądź nierzetelnym działaniom wykonawców, a nie tylko eliminacja z postępowania wykonawcy, który dopuścił się czynu określonego w tym przepisie. Nie ulega wątpliwości, że poprzez przedłożenie takiego dokumentu doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania przez zasobnik wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów, a przez to do próby doprowadzenia do wyboru oferty Sanito Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W tym kontekście niewątpliwie informacja miała wpływ na wynik postępowania. Spełniona jest zatem przesłanka faktycznego wywołania u Zamawiającego mylnego przekonania o spełnieniu wymagań przez produkty wykonawcy Sanito Sp. z o.o.

Jak wskazała Izba w wyroku KIO 1401/18: „Jak wynika z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania zachodzi w sytuacji, w której wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. A zatem chodzi o przedstawienie informacji (w tym także sposób ich przedstawienia), które wywołują u zamawiającego przeświadczenie o odmiennym stanie rzeczy niż występujący w rzeczywistości. Dotyczy to informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Ponadto, przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd musi być przez wykonawcę zawinione, przy czym – posługując się za ustawodawcą terminologią właściwą prawu karnemu – chodzi o każdą postać winy, w tym winę nieumyślną. Łączne zaistnienie ww. przesłanek obliguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego przesłanki te zaistniały. Nie jest dopuszczalne stosowanie jakiegokolwiek innej sankcji (np. przyznanie wykonawcy mniejszej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert).”

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, na skutek złożonych przez Sanito Sp. z o.o. wyjaśnień doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty poprzez zaoferowanie odmiennego produktu niż pierwotnie zostało to przedstawione w złożonej ofercie. Nie ma przy tym znaczenia, że nazwa produktu pozostała niezmienną. Zmiana tak istotnego parametru, mającego wpływ na całość pozostałych parametrów zasobnika, nie może być czynnością akceptowalną. Należy wskazać, że – zgodnie z podniesioną wyżej argumentacją – karta katalogowa, jej sformułowanie – musi być poprzedzone przeprowadzeniem badań i nie jest dopuszczalne w dokumencie regulowanym przepisami prawa i zmuszającym do dokonywania badań, popełnianie pomyłek, które następnie mogą być poprawiane oświadczeniami.

W ocenie Odwołującego dokonana poprawka zmienia całkowicie pierwotne parametry produktu i faktycznie jest zmianą oferty dokonaną sprzecznie z wymaganiami art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie w celu pozostawienia oferty w rzeczonym postępowaniu.

Podczas rozprawy Odwołujący przedłożył opinię wydaną przez Politechnikę Śląską, zawierającą – jak wskazał – obliczenie strat ciepła zbiornika na podstawie dokumentacji złożonej przez Sanito Sp. z o.o. Zamawiającemu. Do opiniowania przyjęto zawarte w karcie technicznej parametry zbiornika, które niezbędne są do dokonania obliczeń, biorąc pod uwagę budowę zbiornika i jego poszczególnych elementów. Wyniki odniesiono do izolacji – w tym dla każdej dostępnej na rynku pianki poliuretanowej – zgodnie z podsumowaniem zawartym w punkcie 3.2. opinii. Tak wypracowane wyliczenia stanowią obiektywne matematyczne wyliczenia straty ciepła zbiornika, które w inny sposób wyliczone być nie mogą. Tak określone straty ciepła zostały uwzględnione w obliczeniu granicznych strat postojowych zbiornika, na podstawie wzorów wynikających z rozporządzenia UE nr 812/2013, a następnie dla wykazanych postojowych strat ciepła ustalono wynikające z rozporządzenia klasy energetyczne, dla każdej izolacji, a także z uwzględnieniem i bez uwzględnienia armatury. Zgodnie z tak wykonanymi wyliczeniami okazuje się, że niezależnie od przyjętych wskaźników izolacji, a także niezależnie do tego, czy wyliczenia obejmują armaturę czy nie, żadne dane nie pozwalają na uznanie, że zbiornik LEMET 20.500 SE może osiągnąć poziom deklarowanych postojowych strat ciepła, a w konsekwencji, że spełnia klasę energetyczną A wymaganą przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Odwołujący wskazał, że w dowodzie tym przedstawiono wyliczenia z uwzględnieniem wszelkich możliwych wariantów i możliwości, jakie mogą być brane pod uwagę przy zaoferowanym zbiorniku o wielkości oraz materiale zastosowanym do izolacji, wskazanych w karcie technicznej, co potwierdzają dodatkowe wyjaśnienie opiniującego. Wartości przyjęte do obliczeń są prawidłowe, a podane zakresy przewodności celowo zostały podane w szerszym zakresie, aby wskazać, że w każdym możliwym wariancie uzyskanie klasy energetycznej w tym konkretnym zbiorniku nie jest możliwe.

Odwołujący przedstawił również opinię rzeczoznawcy budowlanego inż. J.C. – według którego zbiornik LEMET 20.500 SE nie spełnia klasy energetycznej wymaganej przez Zamawiającego, tj. klasy energetycznej A.

Odwołujący złożył również porównanie zasobników ciepłej wody użytkowej oferowanych na rynku i zasobnika LEMET 20.500 SE wskazując, że porównywane zasobniki, które mają podobne lub tożsame parametry jak zbiornik oferowany przez Sanito Sp. z o.o., nie są zaliczane do klasy energetycznej A, lecz C. Zasobniki w klasie energetycznej A mają zupełnie inne wymiary (szerokość/wysokość).

To, zdaniem Odwołującego, potwierdza, że zaoferowany zasobnik, nawet przy wprowadzonych do karty technicznej zmianach i przy pozostawieniu niezmiennych pozostałych parametrów, nie jest w stanie spełnić klasy energetycznej A.

Według Odwołującego wskazanie parametru straty ciepła na poziomie odmiennym od pierwotnego wynikało z konieczności dopasowania parametru do wymaganej klasy

energetycznej. Jednakże te straty ciepła, które podawane były w pierwotnej dokumentacji, odpowiadały faktycznie pozostałym parametrom i dały się z nich wyliczyć. Bez zmiany innych parametrów zasobnika sama strata ciepła nie jest możliwa do osiągnięcia na podanym poziomie, co wynika z wyliczeń matematycznych zawartych w opinii Politechniki Śląskiej. Konsekwencją jest błędnie podany poziom straty ciepła, a następnie błędnie podana klasa energetyczna.

Odwołujący zgodził się z Przystępującym, nie było wymogu podania parametru straty ciepła, jednak jest on kluczowy dla obliczenia klasy energetycznej i błąd w tym zakresie wpływa na niemożliwość osiągnięcia parametru wymaganego.

Odwołujący wskazał, że również przedłożony przez niego dokument pochodzący od wiodącego producenta pianek poliuretanowych wskazuje, nie ma na rynku pianek poliuretanowych, które mogłyby zagwarantować uzyskanie parametrów strat ciepła pozwalających na uznanie, że oferowany zbiornik jest zbiornikiem w klasie energetycznej A. Tak więc twierdzenie Przystępującego, że posiada inną piankę poliuretanową o innych parametrach jest twierdzeniem gołosłownym. Gdyby bowiem tak było, musiałby przedstawić badania na izolacyjność tej pianki.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o:

1. odrzucenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie,
3. niedopuszczenie dowodu z opinii biegłych wnioskowanych przez Odwołującego. gdyż jakiegokolwiek nieuzasadnione przedłużenie rozpatrywania odwołania może skutkować zwrotem niewykorzystanych przez Zamawiającego środków finansowych, a nie jest wiadomym dla Zamawiającego, jak faktycznie biegły miałby wydać opinię, gdyż musiałby dokonać badania zaoferowanego zasobnika pod kątem jego klasy energetycznej, co wydaje się niemożliwe, bo kto miałby dostarczyć taki zbiornik do badania. Co więcej, badanie biegłego pokrywałoby się najprawdopodobniej z badaniem jednostki certyfikującej określającej klasę energetyczną. Z drugiej strony, jeżeli biegły nie dokonałby badania samego zbiornika, to wniosek Odwołującego zmierzałby nie do określenia klasy energetycznej zaoferowanego zbiornika, lecz byłby dowodem „przeciwko osnowie dokumentu”, a więc zmierzałby do wykazania, że w dokumencie podano nieprawdziwe dane. Tyle tylko, że to będzie dowód na nierzetelność dokumentu, a nie samą niższą klasę energetyczną zasobnika.

Podczas rozprawy podkreślił, że z wyroku KIO 2599/19 wynika, że miał wezwać wykonawcę Sanito Sp. z o.o. do złożenia nowej karty technicznej z danymi technicznymi wskazującymi na uzyskanie klasy energetycznej A. Uzyskał taką kartę techniczną, z której wynika, że straty energetyczne mają wartość „57” i klasa energetyczna to A. Zamawiający nie zakłada

nieuczciwości wykonawców oraz kieruje się zasadą zakazu prowadzenia dowodu przeciwko osnowie dokumentu. Zamawiający wykonał nałożone na niego w wyroku obowiązki. Karta techniczna to dokument producenta i Zamawiający nie miał podejrzeń, że parametr został zafałszowany.

Podkreślił również, że w odwołaniu KIO 2599/19 Odwołujący kwestionował jedynie wartość „110”. Nie było mowy o innych parametrach, które miały być weryfikowane. Rolą Zamawiającego nie jest weryfikowanie wszystkich danych, jak też nie posiada on takich zasobów wiedzy technicznej, by kwestionować podany warunek.

Zamawiający zakwestionował możliwość, by przedstawione przez Odwołującego opinie mogły zawierać wszystkie rodzaje pianek poliuretanowych dostępnych na rynku. Uważa, że autor opinii wziął pod uwagę najbardziej popularne, a nie wszystkie dopuszczone do obrotu w UE. Poza tym Odwołujący wskazuje, iż wystarczy podstawić parametr do wzoru, ale w ocenie Zamawiającego nie jest to prosty wzór, lecz, aby dokonać takich przeliczeń, należy mieć wiedzę specjalistyczną – wynika to z danych wskazanych w raporcie Politechniki Śląskiej. Poza tym w obliczeniach tych przyjęte zostały pewne założenia i teoretyczne podstawy. W opinii Politechniki Śląskiej nie ma wzoru na obliczenie strat ciepła – to 20 wzorów oraz założenia do obliczeń przyjęte przez autora opinii. Zamawiający nie wie, czy w poszczególnych miejscach opinii są założenia, czy pewniki i dlaczego przyjęto dane założenia i parametry. Zamawiający dokonał badania oferty w oparciu o kartę techniczną i nie miał podstaw i możliwości przeliczeń. Nie dysponuje też programem inżynierskim, którym posługiwał się autor opinii ani innym, nie miał więc możliwości zweryfikować obliczeń.

Zamawiający posiadał pomoc techniczną na etapie oceny ofert ze strony autorów dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, ale jedynie na zasadzie sprawdzenia, czy przedstawione przez wykonawcę dokumenty potwierdzają wymagane parametry, a nie dokonywania obliczeń, czy te parametry są prawidłowe.

III Stanowisko przystępującego Sanito Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Sanito Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie wymagał przedstawienia obliczeń potwierdzających klasę energetyczną A zasobników solarnych. Daleko idącą nadinterpretacją wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest stwierdzenie Odwołującego, że twierdzenie Przystępującego, że posiada inną piankę poliuretanową o innych parametrach jest twierdzeniem gołosłownym, gdyby bowiem tak było, to musiałby przedstawić badania na izolacyjność tej pianki. Jedynym wymogiem, jaki Zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest wymóg zawarty w rozdziale VI pkt 8.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „W celu wykazania warunków dodatkowych

określonych w rozdz. IV ust. 2 SIWZ Wykonawca przedstawi Zamawiającemu: (...) pkt. 8.4.2 Karta techniczna kolektora i zasobnik obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w Dokumentacji Technicznej, stanowiącej Załącznik nr 8 B do SIWZ.” Taka karta została przedstawiona na etapie badania i oceny ofert (uzupełniona w wyniku i zgodnie z wyrokiem KIO 2599/19). Przedłożona karta potwierdza spełnianie przez zaoferowane urządzenie wszystkich parametrów zawartych w Dokumentacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 8B do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to karta zgodna z przywołanym przez Odwołującego rozporządzeniem delegowanym Komisji UE nr 812/2013 z 18 lutego 2013 r.

Z przedstawionej karty katalogowej w jednoznaczny sposób wynika, iż materiałem izolacyjnym jest pianka poliuretanowa. Wbrew twierdzeniom Odwołującego rodzaj pianki nie jest elementem wymaganym do podania chociażby na etykiecie energetycznej, Rodzaj zastosowanej izolacji jak również inne standardowe rozwiązania nie muszą być ujawniane firmom konkurencyjnym i nie wynika to z przywołanego rozporządzenia.

Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem Odwołującego, jakoby inne rozwiązanie zastosowane przez Przystępującego prowadziło do zmiany treści oferty. Materiałem izolacyjnym jest pianka poliuretanowa – zgodnie z wymogami Zamawiającego opisanymi w punkcie 9. Dokumentacji Technicznej (załącznik nr 8B). Z Dokumentacji Technicznej nie wynika, jakoby Zamawiający wykluczył możliwość zastosowania powłoki termicznej (np. farby). Nie wykluczył również zastosowania izolacji warstwowej. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że zasobnik, który jest izolowany pianką poliuretanową oraz dodatkową powłoką termiczną (np. farbą) nie jest izolowany pianką poliuretanową, związku z tym nie można mówić o zmianie treści oferty, ponieważ żaden z parametrów nie został zmieniony, natomiast wszystkie zostały potwierdzone w składanych przez Przystępującego dokumentach. W konsekwencji, Zamawiający nie postawił wymogu przedstawienia badań na izolacyjność zastosowanej pianki dla zaoferowanego zbiornika, która niesłusznie w ocenie Odwołującego miałaby stanowić podstawę oceny zgodności zaoferowanego zbiornika z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zaoferowany zbiornik został opisany kartą techniczną, uzupełnioną w wyniku wyroku KIO 2599/19, która w prawidłowy sposób potwierdza wymagania Zamawiającego zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaoferowany zbiornik to produkt posiadający klasę energetyczną A i jest izolowany pianką w niezmienny sposób, co wykazano kartą techniczną złożoną na etapie oceny ofert i uzupełnioną w wyniku wyroku KIO 2599/19. Z Dokumentacji Technicznej nie wynika, jakoby Zamawiający wykluczył możliwość zastosowania innych niż standardowo opisywane w karcie technicznej rozwiązań izolacyjnych (dodatkowa specjalna powłoka termiczna), a tym samym pozwalających osiągnąć przez zaoferowane urządzenie klasy energetycznej A, która w istocie była prezentowana na karcie technicznej niezmiennie od momentu złożenia

oferty. Sama zaś karta techniczna jest zgodna z przywołanym przez Odwołującego rozporządzeniem delegowanym Komisji UE nr 812/2013.

Wobec powyższego, nie doszło do zmiany oferowanego zasobnika, który spełnia wszystkie postanowione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania, co jednocześnie potwierdza brak podstaw do odrzucenia oferty Sanito Sp. z o.o.

Podczas rozprawy Przystępujący wskazał, że zarzuty odwołania KIO 2599/19 i obecnego dotyczą braku klasy energetycznej A zbiornika. Jedynym dodatkowym zarzutem jest zmiana treści oferty. W wyroku KIO 2599/19 Izba rozstrzygnęła zgodność klasy energetycznej i kwestię podania nieprawdziwych informacji. Kształt sentencji wyroku KIO 2599/19 jest zrozumiały przy przyjęciu, że postępowanie odwoławcze i postępowanie przetargowe są oddzielne – dlatego Izba nakazała wprowadzenie wyniku postępowania odwoławczego do przetargu w postaci wyjaśnień i uzupełnienia dokumentu. Izba wskazała, że wielkość strat może wynikać z zastosowanej technologii. Jest to technologia, która jest chroniona tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego Izba nie przyjęła dowodu objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, który Przystępujący złożył w postępowaniu KIO 2599/19.

Przystępujący potwierdził, że przy wartości 110 W nie można było osiągnąć klasy energetycznej A, natomiast przy wartości 57 W taka klasa jest osiągnięta.

Przedstawione przez Odwołującego podczas rozprawy obliczenia oparte są na nieprawidłowych założeniach. Przystępujący przedstawił opinię Instytutu Maszyn Przepływowych PAN, która potwierdza możliwość osiągnięcia klasy energetycznej A.

Zauważył, że z tabeli nr 2 na str. 7 opinii Politechniki Śląskiej wynika nieprawidłowe przyjęcie rozwiązań stosowanych przez producenta zbiorników, które przyjął autor opinii. Nie jest prawdą, że wszystkie dane do obliczeń mogły zostać pobrane z karty katalogowej przedstawionej przez Przystępującego. Przedstawiona przez niego karta techniczna nie jest dokumentacją techniczną w rozumieniu rozporządzenia 812/2013. Zamawiający 11 września 2019 r. zmodyfikował specyfikację istotnych warunków zamówienia w zakresie punktu 8.4.2 poprzez wykreślenie odniesień do rozporządzenia 812/2013 i pozostawił tylko przedmiotowe karty techniczne, które jednak nie opisują szczegółowej konstrukcji zbiorników.

Na pytanie Przewodniczącej, czy posiada obliczenia, z których wynika wartość „57”, odpowiedział, iż posiada obliczenia, ale ponieważ są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, nie może ich przedstawić (jest to dokument, który w postępowaniu KIO 2599/19 został uznany za niepodlegający zaliczeniu w poczet dowodów ze względu na objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa, co zaprzecza zasadzie kontrydiktoryjności). Przedstawił zatem wyniki w postaci ww. opinii Instytutu Maszyn Przepływowych PAN.

Wniósł o przeprowadzenie dowodu z oświadczenia producenta zbiorników – firmy LEMET z 13 stycznia 2020 r., złożonego w postępowaniu KIO 2599/19 oraz przedstawił oświadczenie

producenta z 5 czerwca 2020 r., w którym podtrzymał on wszystkie twierdzenia zawarte w oświadczeniu z 13 stycznia 2020 r.

Podkreślił, że praktyką rynkową jest, że producenci przygotowują oferty zindywidualizowane, co potwierdzają oświadczenia producenta – firmy GALMET, w którym wskazuje on, że zbiorniki SGW(S)B 400 klasa A są specjalnie wykonywane na zamówienie oraz że przy zmienionych gabarytach producent jest w stanie zachować klasę energetyczną A.

Co do porównania cech zbiorników Politechniki Śląskiej stwierdził, że wynika z niego, iż pomimo różnic rozmiarów cały czas zbiorniki te osiągają klasę energetyczną A, co potwierdza, że również zbiornik zaoferowany przez Sanito Sp. z o.o. jest w stanie taką klasę uzyskać. Odwołujący twierdzi, że zbiornika z taką stratą energetyczną, jak wskazał LEMET, nie da się skonstruować, ale LEMET taki zbiornik skonstruował.

Przystępujący wskazał, iż kwestia wartości 57 W pojawiła się na samym początku rozprawy w sprawie KIO 2599/19 i Przystępujący od razu przyznał się do omyłki w karcie katalogowej w postaci wskazania 110 W, a Odwołujący zdawał sobie sprawę, że wartość ta jest nieprawidłowa, dlatego stawiał zarzut. W opinii firmy GALMET – załączonej do pisma Odwołującego z 17 stycznia 2020 r. – wskazano, że aby zbiornik się mieścił w klasie energetycznej A, powinien mieścić się w przedziale straty ciepła 42,50-58,26 W. Przystępujący podał, że parametr ten to 57, zatem mieści się w tym przedziale. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odnosił się do norm i normy nie rozstrzygają, jaką zbiorniki mają konstrukcję. Karta techniczna przedstawia informacje na dużym poziomie ogólności, więc nie można ich użyć do obliczeń.

Opinia Politechniki Śląskiej nie wskazuje na możliwość pominięcia straty ciepła przez króćce, tylko mowa o armaturze. W opinii wskazano, że straty ciepła przez króćce (mostki cieplne) są uwzględnione w opinii, podczas gdy Politechnika Śląska nie ma pojęcia o konstrukcji króćców w tym zbiorniku. Poza tym króćców jest 8, a nie 12 (CT1-CT3), ponieważ dwa elementy, które zostały wzięte za króćce to tuleje na czujniki, a jeden to anoda. Króćce to istotny element, ponieważ może przez nie uciekać dużo ciepła. W konkluzji – zakwestionował założenia przyjęte w opinii. Opinia Politechniki Śląskiej jest czysto teoretyczna, a skoro producent twierdzi, że jest w stanie zmodyfikować swój produkt, oznacza, że jest w stanie. To 2700 zbiorników, więc się opłaca. Stosując obliczenia matematyczne obliczyć można wszystko. Są zbiorniki o pojemności 500 litrów posiadające klasę A+, zatem nie jest niczym nadzwyczajnym, żeby zbiornik taki posiadał klasę A.

W związku z powyższym wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, iż Odwołujący nie wykazał niemożności osiągnięcia przez oferowany produkt klasy energetycznej A oraz o pominięcie zarzutów niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nieprawdziwych informacji, bo były już rozstrzygane.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący i Zamawiający wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ dotyczy ono czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby o sygn. KIO 2599/19.

Wskazany przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W przywołanym wyroku z 29 stycznia 2020 r., pełna sygn. akt: KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2623/19, KIO 2629/19, KIO 2631/19 – Izba uwzględniła w całości odwołanie o sygn. KIO 2599/19 wniesione przez Eco-Team Sp. z o.o. sp. komandytową i nakazała wezwanie wykonawcy Sanito Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, jaką klasę energetyczną posiada oferowany zasobnik, skoro jego straty postojowe są na poziomie 110 W. W przypadku złożenia przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. wyjaśnień wskazujących na zmianę poziomu strat postojowych zasobnika – wezwanie wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia karty technicznej potwierdzającej zarówno klasę energetyczną A zasobnika, jak i pozostałe jego parametry pozwalające na uzyskanie takiej klasy energetycznej.

W wykonaniu powyższego wyroku KIO 2599/19 Zamawiający, pismem z 24 lutego 2020 r., wezwał Sanito Sp. z o.o. do złożenia stosownych wyjaśnień i uzupełnień, na skutek czego Przystępujący, pismem z 27 lutego 2020 r. oświadczył, że w przedłożonej 25 listopada 2019 r. karcie technicznej zbiornika LEMET 20.500SE omyłkowo został podany parametr strat postojowych o wartości 110 W, a rzeczywista wartość strat postojowych dla zaoferowanego zasobnika wynosi 57 W jednocześnie wskazując, że zasobnik ten nie znajduje się w produkcji bieżącej i nie jest pozycją katalogową firmy LEMET. Potwierdził też, że zasobnik przynależy do klasy energetycznej A, co wynika z jego konstrukcji i rzeczywistych własności. W konsekwencji – w wykonaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – przedłożył kartę techniczną zasobnika Lemet 20.500SE „potwierdzającą klasę energetyczną (A) oraz wskazującą pozostałe jego parametry pozwalające na uzyskanie takiej klasy energetycznej – prawidłowy parametr strat postojowych o wartości 57 W”.

Z powyższych okoliczności wynika więc, że – wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego – wobec podniesienia przez Przystępującego podczas rozprawy kwestii

błędu w przedstawionym Zamawiającemu dokumencie polegającego na pomyłce w parametrze, do którego odnosiło się wcześniejsze odwołanie (110 W zamiast 57 W), Izba w wyroku KIO 2599/19 nie rozstrzygnęła przedmiotowej materii w sposób ostateczny w postępowaniu odwoławczym, lecz pozostawiła rozstrzygnięcie niejako „otwarte”, tj. do ustalenia w ramach postępowania przetargowego – nakazując Zamawiającemu podjęcie stosownych czynności w tym zakresie, tj. dokonanie wyjaśnień spornej kwestii i ewentualnie uzupełnienie dokumentu w postaci karty technicznej produktu.

Tym samym ponownej kontroli Izby w postępowaniu odwoławczym, w ramach środków ochrony prawnej przysługujących Odwołującemu, podlegają wszystkie czynności i zdarzenia zaistniałe w postępowaniu po wydaniu wyroku KIO 2599/19, w tym informacje zawarte w nowo przedstawionej karcie technicznej zasobnika LEMET 20.500SE, do której odnosi się niniejsze odwołanie.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i udzielonych w stosunku do niej wyjaśnień, treść oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o., treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień oraz przedstawionych dokumentów, w tym karty technicznej zasobnika Lemet 20.500SE) w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym. Stan faktyczny został szczegółowo opisany powyżej, a ze względu na fakt, że nie jest on sporny, Izba uznała go za ustalony i nie będzie powtarzała.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie przedstawionych stanowisk Stron oraz dokumentów (Izba wzięła pod uwagę wszystkie dokumenty przedstawione przez Strony i Przystępującego, lecz ze względu na to, że są to dokumenty prywatne, formalnie mają one status procesowy stanowiska strony lub uczestnika postępowania i tak zostały ocenione) Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sanito Sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Sanito Sp. z o.o. z postępowania, mimo iż wskazał w swojej ofercie produkty nieistniejące, gdyż zaoferowany zasobnik nie może być zasobnikiem o klasie energetycznej A, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany oferty na skutek złożenia wyjaśnień do karty katalogowej i oferowanego produktu, co spowodowało finalnie zmianę treści oferty sprzeczną z przepisami prawa,

4. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która powinna być odrzucona z uwagi na niespełnianie parametrów, a wykonawca powinien być wykluczony z postępowania i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przy tym, jak wskazuje art. 7 ust. 3, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów oraz – zgodnie z punktem 17. – wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem [art. 87 ust. 2 pkt 3](#) ustawy Prawo zamówień publicznych, który zezwala zamawiającemu na poprawienie w ofercie innych omyłek niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Stosownie do dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (ust. 1a i ust. 2 nie dotyczą przedmiotowego stanu faktycznego).

[Zgodnie](#) z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, wszystkie powyższe zarzuty odnoszą się do jednej kwestii, a mianowicie wskazania w karcie technicznej produktu oferowanego przez Przystępującego w zakresie kolektorów słonecznych część B, subregion wielicki i olkuski, tj. zasobnika Lemet 20.500SE, wartości parametru strat ciepła 57 W (w miejsce wcześniej podanej wartości 110 W) i deklaracji posiadania przez ten zbiornik klasy energetycznej A, które to parametry, zdaniem Odwołującego, nie zostały osiągnięte w tym produkcie.

Zgodnie z punktem 9. załącznika 8B do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał zaoferowania pojemnościowego podgrzewacza ciepłej wody – zasobnika solarnego ciepłej wody użytkowej ocieplonego pianką poliuretanową twardą, który będzie charakteryzował się współczynnikiem przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadanym według normy EN 12664:2001 przez akredytowane laboratorium, wynoszącym maksimum 0,0205 W/mK przy $\Delta T=10[^\circ\text{C}]$ oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T = 30[^\circ\text{C}]$ lub klasą energetyczną A. Powyższe zostało potwierdzone w przywołanej przez Odwołującego odpowiedzi nr 11 z 26 września 2019 r., w której pytanie (wniosek wykonawcy) dotyczyło m.in. wskazania przez Zamawiającego jednej minimalnej klasy energetycznej dla wszystkich dostarczanych zasobników wody ciepłej.

Przystępujący nie wykazał posiadania przez oferowany zbiornik ww. badań współczynnika przenikania ciepła izolacji zbiornika, lecz wskazał na klasę energetyczną A. Po zakwestionowaniu przez Odwołującego możliwości jednoczesnego występowania strat ciepła w wysokości 110 W i klasy energetycznej A, wyjaśnił, że wartość 110 W została podana błędnie, a prawidłową wartością jest 57 W, która to wartość – co nie było sporne – odpowiadałaby wskazanej klasie energetycznej. Odwołujący zakwestionował jednak prawidłowość nowo podanego parametru 57 W i, tym samym, posiadanej klasy energetycznej A, czemu przeczył Przystępujący i Zamawiający.

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Analogiczna zasada została wyrażona w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Tym samym zarówno Odwołujący, Zamawiający, jak i Przystępujący w równej mierze zobowiązani byli przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń i obalenie twierdzeń przeciwnika.

Zamawiający nie przejawiał żadnej inicjatywy dowodowej.

Odwołujący przedstawił m.in. obliczenia dotyczące możliwych wartości spornych parametrów w postaci opinii pracowników Politechniki Śląskiej – Wydział Inżynierii Środowiska i Energetyki, Katedra Techniki Ciepłej „Raport z wykonania pracy *Obliczenia strat ciepła zbiornika (bojlera do wody użytkowej) Lemet 20.500SE metodami numerycznymi*” oraz opinii technicznej inż. Chomota „Opinia techniczna w aspekcie spełnienia wymagań Dokumentacji Technicznej i SIWZ dla Przepływowego Pojemnościowego Podgrzewacza Ciepłej Wody Użytkowej firmy Lemet o symbolu 20.500SE”.

Przystępujący z kolei, jako główne dokumenty potwierdzające jego stanowisko: oświadczenia producenta oraz opinię techniczną pracowników Instytutu Maszyn Przepływowych Polskiej Akademii Nauk.

Stanowisko producenta zostało skompilowane w jego ostatnim oświadczeniu z 18 czerwca 2020 r., w którym stwierdził on, że „proponowane przez nas zasobniki 20.500SE w klasie A izolowane są z wykorzystaniem innowacyjnej pianki poliuretanowej. Ponadto zasobniki dodatkowo zabezpieczone są specjalną powłoką termiczną, co w kombinacji ze stosowaną pianką podnosi parametry izolacyjności w stosunku do rozwiązań dostępnych na rynku. Nowoczesna technologia wykonania stanowi unikalne rozwiązanie i tajemnicę firmy Lemet i nie zostanie udostępniona jakimkolwiek podmiotom trzecim. Związane z powyższym osiągnięte obniżenie przenikliwości cieplnej stosowanej izolacji w stosunku do przyjmowanego w opinii Politechniki Śląskiej, nawet stosując metodologię obliczeń tam zawartą, już samo w sobie wystarcza do stwierdzenia, że zbiornik osiąga wskazaną w karcie stratę postojową, a tym samym jest zbiornikiem klasy A”.

Natomiast wskazana opinia pracowników Instytutu Maszyn Przepływowych PAN jest dokumentem jednostronicowym wskazującym, że podstawą opracowania były „informacje na temat konstrukcji urządzenia dostarczone przez Zlecającego, w tym karta katalogowa zasobnika c.w.u. oraz rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 812/2013 z 18 lutego 2013 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/WE w odniesieniu do etykiet efektywności energetycznej dla podgrzewaczy wody, zasobników ciepłej wody użytkowej i zestawów zawierających podgrzewacz wody i urządzenie słoneczne”. Treść i wnioski zaś tej opinii zawierały się w jednym zdaniu: „W oparciu o przeprowadzone obliczenia stwierdzam, że możliwe jest osiągnięcie przez zasobnik c.w.u. Lemet 20.500SE (klasa A) parametrów klasy energetycznej A.”

Przystępujący stwierdził też, że badania/obliczenia dotyczące czy to parametru straty ciepła, czy też klasy energetycznej zasobnika posiada, ale nie może przedstawić jako dowód, ponieważ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa producenta.

Zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (odwoławczego), zaś zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

W związku z powyższym Izba uznała za najbardziej przekonujące stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego. Oczywiście jest, że ze względu na to, że Odwołujący nie posiadał dokładnych danych dotyczących oferowanego parametru, przedstawił obliczenia w takim zakresie, jaki był dla niego dostępny. Zamawiający nie wykazywał żadnej inicjatywy dowodowej i jego stanowisko opierało się na tym, że wykonał wyrok Izby oraz, że nie był zobowiązany do badania oferty w takim zakresie. Z kolei Przystępujący nie przedstawił żadnych przekonujących dowodów w spornej kwestii, chociaż inicjatywa dowodowa z jego strony była najłatwiejsza do zrealizowania, gdyż mógł posiłkować się wiedzą producenta urządzeń. Przystępujący zaś powołał się jedynie na niesprecyzowane „przeprowadzone obliczenia” pracowników Instytutu Maszyn Przepływowych PAN (bez wskazania tych obliczeń), oparte o niesprecyzowane „informacje na temat konstrukcji urządzenia dostarczone przez Zlecającego, w tym kartę katalogową zasobnika” (której dane – jeśli była to ta sama karta, co przedstawiona Zamawiającemu – w zakresie poprawności parametru straty ciepła były kwestionowane przez Odwołującego) oraz na twierdzenia producenta o zastosowaniu „innovacyjnej pianki poliuretanowej” i „specjalnej powłoki termicznej” stanowiących „unikalne rozwiązanie i tajemnicę firmy”.

Tymczasem Izba nie oczekiwała wyjawiania tajemnic producenta, lecz wskazania konkretnych danych i obliczeń w tym zakresie potwierdzających deklarowane osiągnięcie parametru straty ciepła na poziomie 57 W, a tym samym wymaganej specyfikacją istotnych warunków zamówienia klasy energetycznej A. Które to dane nie są danymi nadzwyczajnymi na rynku tego typu urządzeń i które powinien posiadać producent – zwłaszcza, że – jak wskazano – zastosował on proponowane rozwiązania specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Samo, mało konkretne, oświadczenie producenta, bez wskazania powyższego, Izba uznała za nieprzekonujące. Jeśli producent, czy też Przystępujący, który – jak twierdził – takie badania i obliczenia posiada, nie zamierzał ich okazać, było to jego prawo, jednak wiążące się z określonymi konsekwencjami procesowymi.

Tym samym Izba uznała, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie udowodnili swoich twierdzeń, że oferowany zasobnik Lemet 20.500SE spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie klasy energetycznej A – do czego byli zobowiązani na gruncie art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, twierdząc, że oferowany zasobnik wody ciepłej taką klasę posiada.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie za najkorzystniejszą oferty, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz naruszenie zasady, że zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie Subregionu Wielickiego i Subregionu Olkuskiego – w części B, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Przystępującego w powyższym zakresie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie jednak Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak wprost wskazuje jego treść, nie dotyczy przedmiotowego stanu faktycznego, ponieważ odnosi się jedynie do informacji dotyczących wykluczenia z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji, nie zaś zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, zatem nie stanowi podstawy prawnej związanej z przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

Natomiast, jeśli chodzi o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiera on trzy przesłanki: 1) przedstawienia informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, 2) przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, 3) charakteru tych informacji jako mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Lekkomyślność i niedbalstwo są pojęciami zaczerpniętymi z prawa karnego, wyjaśnionymi m.in. w art. 7 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny wskazującym, że przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie (tj. lekkomyślność), jak i wtedy, gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć (tj. niedbalstwo).

O ile można się zgodzić z Odwołującym, że posiadanie lub nieposiadanie przez oferowany produkt parametrów wymaganych opisem przedmiotu zamówienia jest informacją istotną

i mającą wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w zakresie odrzucenia lub nieodrzucenia oferty, o tyle nie zostało udowodnione, że informacje te zostały przez Przystępującego przedstawione w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie Izby mniej prawdopodobne jest, że Przystępujący – mając możliwość zaoferowania Zamawiającemu jednego z wielu zbiorników dostępnych na rynku – świadomie zaoferował produkt, który potencjalnie nie spełnia wymagań Zamawiającego i to w zakresie tak podstawowego parametru jak klasa energetyczna, niż to, że w dobrej wierze kierował się w tym zakresie danymi podanymi przez producenta.

Tym samym, w opinii Izby, czym innym jest uznanie, że nie zostało udowodnione, że oferowany produkt posiada wymaganą klasę energetyczną, a czym innym stwierdzenie, że nastąpiło to w wyniku zawinionego działania Przystępującego, który przewidywał, że produkt wymaganej klasy energetycznej nie posiada, lecz bezpodstawnie przypuszczał, że nie zostanie to ujawnione (lekkomyślność) lub też mógł i powinien był przewidzieć, że takiej klasy nie posiada (niedbalstwo). Odwołujący również nie wykazał istnienia takich okoliczności.

Poza tym Odwołujący zarzut ten sformułował w ten sposób, że Przystępujący „wskazał w swojej ofercie produkty nieistniejące, gdyż zaoferowany zasobnik nie może być zasobnikiem o klasie energetycznej A”. Izbie trudno jest jednoznacznie stwierdzić, że produkt taki nie istnieje, czy też, że nie może być zasobnikiem w klasie energetycznej A, gdyż potencjalnie zarówno może on istnieć, jak i potencjalnie taką klasę można osiągnąć – Przystępujący w postępowaniu odwoławczym jedynie tego nie dowiódł.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany oferty na skutek złożenia wyjaśnień faktycznie do karty katalogowej i oferowanego produktu, co spowodowało finalnie zmianę treści oferty sprzeczną z przepisami prawa – czy też raczej akceptacji dokonania takiej zmiany przez Przystępującego.

Izba uwzględniła bowiem w tym zakresie argumentację Zamawiającego, że dokonana przez niego czynność wezwania Przystępującego do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentu została dokonana w wyniku wykonania wyroku KIO 2599/19, co wynika z sentencji tego wyroku. Izba nakazała bowiem wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, jaką klasę energetyczną posiada oferowany zasobnik, skoro jego straty postojowe są na poziomie 110 W, a w przypadku złożenia wyjaśnień wskazujących na zmianę poziomu strat postojowych zasobnika – wezwanie wykonawcy do złożenia karty technicznej potwierdzającej zarówno klasę energetyczną A zasobnika, jak i pozostałe jego parametry pozwalające na uzyskanie

takiej klasy energetycznej. Treść wezwania Zamawiającego z 24 lutego 2020 r. odzwierciedlała powyższą treść sentencji.

Czym innym jest natomiast kwestia, czy Zamawiający prawidłowo i wystarczająco wnikliwie ocenił wyjaśnienia wykonawcy wobec znanego mu już na tym etapie zarzutu Odwołującego dotyczącego poprawności przywoływanych danych i została ona rozstrzygnięta w ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie jest bowiem zgodne z procedurą udzielania zamówień publicznych nieodrzućenie oferty w przypadku, gdy zachodzi któraś z przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest też wystarczającym usprawiedliwieniem, że Zamawiający nie ma wystarczającej wiedzy technicznej do weryfikacji danych – musi on bowiem dokonać badania i oceny oferty. Owszem, dokumenty żądane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i składane przez wykonawców są tu podstawą, jednak w przypadku, gdy podważana jest ich prawdziwość czy prawidłowość podanych w nich danych – wymagają one dodatkowej weryfikacji. Jeśli dany zamawiający nie jest w stanie dokonać tego samodzielnie (przy wykorzystaniu wiedzy własnych pracowników lub komisji przetargowej), może powołać biegłego lub biegłych, o czym mowa w art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nieprawidłowa ocena wyjaśnień nie była jednak przedmiotem zarzutu w zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem zarzut ten został oddalony.

Przy tym, jak wskazano powyżej, Izba – pomimo podziału sentencji na punkty i podpunkty, co było jedynie zabiegiem technicznym dla uzyskania jej większej przejrzystości – uznała, że przedmiot sporu dotyczy *de facto* jednej kwestii, dlatego też skutek (wynik) postępowania odwoławczego jest jeden, a mianowicie konieczność odrzucenia oferty Przystępującego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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), uwzględniając poniesione przez Odwołującego koszty wpisu w wysokości 20.000 złotych i koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....