

Sygn. akt: KIO 2523/22

WYROK
z dnia 10 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 10 października 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 roku wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R. S. z siedzibą w Ostrołęce

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina i Miasto Rudnik nad Sanem,

przy udziale wykonawcy ZPH K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2523/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie oferty ZPH K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie w zakresie zarzutów podniesionych w punkcie II petitum odwołania w odniesieniu do wymienionych w uzasadnieniu odwołania i opisanych w punkcie „Ad. 1 oferta ZPH K. sp. z o.o.”, w podpunktach 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 i 11 zarzutów faktycznych – z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania przez Odwołującego.

Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie oferty Ergo Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeczyca w zakresie zarzutów podniesionych w punkcie II petitum odwołania w odniesieniu do wymienionych w uzasadnieniu odwołania i opisanych w punkcie „Ad. 2 oferta Ergo Ekologia sp. z o.o.”, w podpunktach 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 i 9 zarzutów faktycznych – z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania przez Odwołującego.

Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie oferty Ergo Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeczy, w zakresie zarzutów odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w punkcie II petitum odwołania w odniesieniu do wymienionego w uzasadnieniu odwołania i opisanego w punkcie „Ad. 2 oferta Ergo Ekologia sp. z o.o.” w podpunkcie 4 zarzutu – z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R. S. z siedzibą w Ostrołęce i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R. S. z siedzibą w Ostrołęce tytułem wpisu od odwołania,

 - 3.2 zasądza od wykonawcy R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R. S. z siedzibą w Ostrołęce na rzecz Zamawiającego – Gmina i Miasto Rudnik nad Sanem kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina i Miasto Rudnik nad Sanem prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie Gminy i Miasta Rudnik nad Sanem*”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lipca 2022 roku pod numerem 2022/S 548838.

W dniu 26 września 2022 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze w postępowaniu oferty ZPH K. Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez: ZPH K. Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia,
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez: Ergo Ekologia Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia,
- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
- zaniechaniu wezwania ZPH K. Sp. z o.o., oraz Ergo Ekologia Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 226 ust. 5 ustawy przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty ZPH K. Sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- 2) Art. 226 ust. 5 ustawy przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty Ergo Ekologia Sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
- 3) Art. 223 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Wykonawców ZPH K. Sp. z o.o. i Ergo Ekologia Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert oraz

przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które szczegółowo zostały wskazane w meritum niniejszego odwołania;

- 4) Art. 8 w zw. z art. 16 ustawy przez naruszenie przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonanie:

- unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty ZPH K. Sp. z o. o.,
- odrzucenia oferty ZPH K. Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- odrzucenia oferty Ergo Ekologia Sp. z o.o.
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- ewentualnie o dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący podał, że Odwołujący ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania na jego korzyść. W toku badania ofert jego oferta zajęła trzecie miejsce pod względem punktacji, w związku z czym w przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia odwołania oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem w jego ocenie oferty ZPH K. Sp. z o.o., oraz Ekologika Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odwołujący podał następujący stan faktyczny sprawy: Zamawiający w dniu 16 września 2022 r. drogą elektroniczną poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 2 zamówienia pod względem kryteriów podanych w 17 SWZ jako oferty nr 4 złożonej przez Wykonawcę: ZPH K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba w Klikawie (dalej: ZPH K.). W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca spełnił warunki udziału opisane w rozdziale 6, pkt. 6.1.4 SWZ oraz jego oferta przedstawia najniższą cenę i inne kryteria określone w rozdziale 17 SWZ. Jako druga oferta pod względem łącznej punktacji przyznanej ofercie została uwzględniona oferta złożona przez Ergo Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Ergo Ekologia). Oferta

Odwołującego została uwzględniona na trzeciej pozycji.

Odwołujący podał następujące uzasadnienie *Ad. 1 Oferta ZPH K.:*

W stanie faktycznym doszło do rażącego naruszenia przepisów postępowania przez Zamawiającego, przez wybranie oferty ZPH K. jako oferty najkorzystniejszej przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego, oraz zaniechań wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie oczywistego braku spełnienia wymagań Zamawiającego w zakresie 10 braków:

1. W pierwszej kolejności zaoferowany kocioł przez ZPH K. tj. SKP Bio Lux 10 posiada moc 9.8 kW i nie spełnia wymaganych 10 kW:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Wynika ona z dokumentu "sprawozdanie 115", strona 8:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

W tabeli podano: Moc cieplna kotła wodnego kW 9,8.

2. Dokumenty techniczne dotyczące oferowanych kotłów przez ZPH K. nie wykazują szerokości zasobnika pelletu, przy czym wymagany przez Zamawiającego kocioł nie szerszy niż 600 mm), a bliźniaczy kocioł znajdujący się w ofercie producenta posiada zbiornik o szerokości 680 mm:

W odwołaniu zamieszczony w tym miejscu wydruk ze strony internetowej:

<https://krzaczek.eu/produkty/kotly-c-o/kotly-5-klasy/skpbio/>

3. Zamawiający wymagał, by kocioł spełniał wymóg: "Dopuszczalne ciśnienie pracy do 2 bar", a zaoferowany kocioł, podobnie jak kocioł z oferty konsorcjum NIKMAR (za co oferta tego konsorcjum została odrzucona) przekracza jasno postawiony przez Zamawiającego wymóg:

W tym miejscu zamieszczony skan strony 6 raportu z badań w odwołaniu.

Wskazane w raporcie: SKP BIO LUX – 10 (...) Maksymalne ciśnienie robocze – 2,5 [bar]

Odwołujący podał również, że jest to informacja zawarta na tabliczce znamionowej. Zmiana tej informacji to niedozwolone ingerowanie w kocioł, który był przebadany w akredytowanym laboratorium. Tylko takie samo urządzenie, o takich samych parametrach może legitymować się certyfikatem potwierdzającym wyniki badania. Jeśli ewentualnie producent zmienił ten parametr, to zmienił też właściwości fizyczne i wytrzymałościowe kotła, co kwalifikuje go do ponownego badania.

4. Zamawiający wymagał, by kotły posiadały sterownik z możliwością zapisu danych z przepływomierza na karcie SD.

Oferent nie potwierdził spełniania tego warunku. W ogólnodostępnych dokumentach również brakuje potwierdzenia tej cechy.

5. Zamawiający wymagał, by *"projektowane urządzenia powinny być dostosowane do spalania paliwa o parametrach zgodnych z PN-EN ISO 17225-2:2014 lub równoważnej klasa A1, A2 i B granulat z trocin pellet"*.

Oferent nie potwierdził spełnienia tego wymogu przez przedstawienie jakichkolwiek dokumentów technicznych.

6. Na stronie 3 dokumentacji technicznej Zamawiający stawia warunek:

Wymagane główne elementy istotne kotłów:

**system zabezpieczenia temperatury powrotu czynnika grzewczego (min. 55oC) w postaci pompy mieszania kotłowego, sterowanie bezpośrednio z regulatora kotła,*

**układ hydrauliczny zawierający pompę do CWU i pompę obiegu CO z zaworem mieszającym i napędem, sterowanie z regulatora kotła,*

Odwołujący podał, że wymagania postawiono jasno: kotły mają posiadać wbudowane elementy w postaci 3 pomp i zaworu mieszającego, tj. mają tworzyć całość z kotłem, a nie być zainstalowane obok kotła lub na kotle. Oferent nie przedstawił dokumentów, rysunków i instrukcji potwierdzających spełnianie tego wymogu.

7. Na stronie 3 dokumentacji technicznej Zamawiający stawia warunek:

Dla możliwości adaptacji kotłów w pomieszczeniach o małych wymiarach zakłada się, że szerokość kotła dla mocy 10-20 kW nie będzie większa niż 55 cm (...).

Oferent nie przedstawił dokumentów, rysunków i instrukcji potwierdzających spełnianie tego wymogu.

8. Na stronie 3 dokumentacji technicznej Zamawiający stawia warunek:

Kocioł jest wyposażony w malowany proszkowo zbiornik paliwa o pojemności minimum 300 dm³.

Karta techniczna nie potwierdza spełniania tego warunku.

W ocenie Odwołującego kocioł posiada zbiornik ocynkowany, a bliźniaczy kocioł znajdujący się w ofercie producenta posiada zbiornik o pojemności jedynie 220 L:
<https://krzaczek.eu/produkty/kotly-c-o/kotly-5-klasy/skp-bio/>

9. Odwołujący podał, że wg raportu z badań (strona 5) kocioł posiada budowę płomieniówkową, zamiast płomieniówkowo-półkowej:

W tym miejscu skan – 2.1 Opis budowy kotła

W tym wskazano: „poziomy wymiennik ciepła po 5 płomieniówek”.

10. Do oferty nie dołączono również raportów z badań i certyfikatów dla kotłów 16 i 20 kW oraz dokumentów potwierdzających ich właściwości.

Odwołujący argumentował, że do oferty ZPH K. dołączono dokument p.n. "Karta katalogowa" i w formie oświadczenia Wykonawca potwierdził spełnianie części wymagań. Wykonawca nie dołączył jednak żadnych faktycznych danych technicznych na potwierdzenie oświadczenia. Generalnie należy wskazać, iż dokument Zamawiającego: "Rudnik nad Sanem

OZE Załącznik Nr 10 do SWZ - Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi", został skonstruowany przez Wykonawcę w ten sposób, że dopisał on od góry do dołu „TAK”, co wg niego miało wypełniać wymagania Zamawiającego w zakresie niezbędnego załącznika do oferty, tj. karty technicznej. W ocenie Odwołującego, powyższe w żaden sposób, nie może zastąpić kart katalogowych, ani innych dokumentów technicznych faktycznie obrazujących parametry oferowanych urządzeń.

Odwołujący podał następujące uzasadnienie *Ad. 2 Oferta Ergo Ekologia Sp. z o.o.*

Oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia z wielu względów:

1. Ze strony wykonawcy nie dołączono certyfikatów w języku wystawcy dla certyfikatów O-B-02660-19 - pliki 8.0 i 8.2.
2. Do oferty nie dołączono także tłumaczeń dokumentów na język polski dla certyfikatów O-B-02687-19 - PLIKI 8.1 i 8.3
3. Dokumenty techniczne nie wykazują szerokości zasobnika pelletu.

Zamawiający wymaga aby był nie szerszy niż 600 mm (*vide strona 5 dokumentacji technicznej, wyciąg*)

W tym miejscu w odwołaniu skan

4. Zamawiający wymagał, by kocioł spełniał wymóg: "Dopuszczalne ciśnienie pracy do 2 bar",

a zaoferowany kocioł przekracza jasno postawiony przez Zamawiającego wymóg: Wyciąg z karty technicznej kotła: „6. Maksymalne ciśnienie pracy kotła 0,25 MPa (2,5 bar)***”

5. Zamawiający wymagał, by kotły posiadały sterownik z możliwością zapisu danych z przepływomierza na karcie SD.

Oferent nie potwierdził spełniania tego warunku. W ogólnodostępnych dokumentach również brakuje potwierdzenia tej cechy.

6. Z ulotki oferowanego przez Wykonawcę kotła – vide pkt 10 - wynika, że kocioł potrafi spalać pellet klasy A1 wykonany wg normy PN-EN 17225-2.

Zamawiający wymagał, by "*projektowane urządzenia powinny być dostosowane do spalania paliwa o parametrach zgodnych z PN-EN ISO 17225-2:2014 lub równoważnej klasa A1, A2 i B granuląt z trocin pelleł*" (*vide pkt. 9 dokumentacji technicznej strona 5*). Kocioł nie spełnia tego warunku i nie może spalać pelletu słabszej jakości.

7. Na stronie 3 dokumentacji technicznej Zamawiający stawia warunek:

Wymagane główne elementy istotne kotłów:

**system zabezpieczenia temperatury powrotu czynnika grzewczego (min. 55oC) w postaci pompy mieszania kotłowego, sterowanie bezpośrednio z regulatora kotła,*

**układ hydrauliczny zawierający pompę do CWU i pompę obiegu CO z zaworem mieszającym i napędem, sterowanie z regulatora kotła,*

Odwołujący podał, że wymagania postawiono jasno: kotły mają posiadać wbudowane elementy w postaci 3 pomp i zaworu mieszającego, tj. mają tworzyć całość z kotłem, a nie być zainstalowane obok kotła lub na kotle. Oferent nie przedstawił dokumentów, rysunków i instrukcji potwierdzających spełnianie tego wymogu. Z załączonej do oferty ulotki i rysunków na niej odczytać można, że kocioł nie spełnia tego wymogu.

8. Na stronie 3 dokumentacji technicznej Zamawiający stawia warunek:

Dla możliwości adaptacji kotłów w pomieszczeniach o małych wymiarach zakłada się, że szerokość kotła dla mocy 10-20 kW nie będzie większa niż 55 cm (...)

Wszystkie zaoferowane kotły posiadają szerokość 59 cm, więc nie spełniają wymogu Zamawiającego:

W tym miejscu tabela

9. Na stronie 3 dokumentacji technicznej Zamawiający stawia warunek:

Kocioł jest wyposażony w malowany proszkowo zbiornik paliwa o pojemności minimum 300 dm³.

Karta techniczna nie potwierdza spełniania tego warunku. W naszej ocenie kocioł posiada zbiornik ocynkowany.

Odwołujący podał, że zasada równego traktowania wykonawców jako jedna z naczelnych zasad postępowania w sprawie zamówień publicznych oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Analizując stan faktyczny niniejszej sprawy, już na pierwszy rzut oka widoczne są różnice w podejściu do oceny ofert poszczególnych uczestników postępowania, w szczególności trudno oprzeć się wrażeniu, iż Zamawiający „przymyka oko” na szereg uchybień podmiotów ZPH K. sp. z o.o., oraz Ergo Ekologia Sp. z o.o. Zamawiający prowadząc postępowanie rażąco naruszył art. 223 ust. 1 ustawy, bowiem pomimo wielu uchybień ze strony tych podmiotów nie żądał nawet od nich szczegółowych wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, co zostało wykazane w niniejszym odwołaniu. W związku z powyższym odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika

postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 września 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 16 września 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w dniu 30 września 2022 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 28 września 2022 roku przystąpienie zgłosił, po stronie Zamawiającego wykonawca ZPH K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie (dalej: ZPH K. lub uczestnik postępowania odwoławczego).

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zawarte w złożonym na rozprawie dokumencie – pismo zawierające odniesienie do SWZ, normy PN-EN 303-5 oraz stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 7 października 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”. Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodów załączonych do ww. pisma.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- 1) zarzutów do oferty ZPH K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie w zakresie zarzutów podniesionych w punkcie II petitum odwołania w odniesieniu do wymienionych w uzasadnieniu odwołania i opisanych w punkcie „Ad. 1 oferta ZPH K. sp. z o.o.”, w podpunktach 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 i 11 zarzutów faktycznych – z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania przez Odwołującego;
- 2) zarzutów do oferty Ergo Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeczy w zakresie zarzutów podniesionych w punkcie II petitum odwołania w odniesieniu do wymienionych w uzasadnieniu odwołania i opisanych w punkcie „Ad. 2 oferta Ergo Ekologia sp. z o.o.”, w podpunktach 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 i 9 zarzutów faktycznych – z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania przez Odwołującego;
- 3) zarzutów do oferty Ergo Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeczy, w zakresie zarzutów odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w punkcie II petitum odwołania w odniesieniu do wymienionego w uzasadnieniu odwołania i opisanego w punkcie „Ad. 2 oferta Ergo Ekologia sp. z o.o.” w podpunkcie 4 zarzutu – z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego.

Wobec powyższego do rozpoznania na rozprawie zostały skierowane zarzuty 1 i 4 podniesione w zakresie oferty wykonawcy ZPH K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie (dalej: ZPH K.) w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 3 uzasadnienia odwołania dla tej oferty.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), w 4.8. *Przedmiotowe środki dowodowe.* Zamawiający w celu potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego w zakresie wskazanym w zestawieniu poniżej oraz potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z kryteriami ocen ofert w zakresie podanym w rozdziale 17 SWZ wymaga od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

(...)

b) w zakresie części 2 zamówienia:

- kartę katalogową oferowanych kotłów na biomasę podpisaną przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmującą informacje potwierdzające spełnienie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 10 do SWZ – „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt. 5 (dla kotłów na biomasę) oraz potwierdzające, wartości przyjęte w kryteriach oceny ofert w pkt 17.9 SWZ;

- certyfikat lub świadectwo 5 klasy wg PN-EN 303-5:2012 lub równoważnej dla oferowanego kotła wydany przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 ustawy Pzp lub przez niezależną od wykonawcy jednostkę badawczą posiadającą akredytację ISO 17025 lub równoważną (fakt posiadania przez jednostkę badawczą akredytacji ISO 17025 lub równoważnej może wynikać z treści wystawionego dokumentu lub wykonawca zobowiązany jest to udokumentować odrębnym dokumentem);

- sprawozdanie z badania, na podstawie którego został wystawiony certyfikat lub świadectwo 5 klasy wg PN-EN303-5:2012 lub równoważnej dla oferowanego kotła, zawierające wszystkie niezbędne informacje jakie producent musiał przekazać do uprawnionej jednostki badawczej – zgodnie z metodologią badań zawartą w normie PN-EN 303-5:2012 lub równoważnej a w szczególności zdjęcie kotła, rysunki kotła pokazujące wyraźnie konstrukcje (przekroje), dokumentacje techniczno – ruchową zgodną z pkt 8 cytowanej wyżej normy (zamawiający wymaga złożenia sprawozdania z badań w całości),

- certyfikat lub zaświadczenie o spełnieniu wymagań Eco Design dla oferowanego kotła wydane przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy Pzp lub przez niezależną od wykonawcy jednostkę badawczą posiadającą akredytację ISO 17025 lub równoważną (fakt posiadania przez jednostkę badawczą akredytacji ISO 17025 lub równoważnej może wynikać z treści wystawionego dokumentu lub wykonawca zobowiązany jest to udokumentować odrębnym dokumentem);

Załącznik Nr 10 do SWZ - *Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi*

część 2 zamówienia:

5. Kocioł na biomasę.

<i>Dane techniczne</i>	<i>Jednostka</i>	<i>Parametry</i>
<i>Sprawność kotła minimum</i>	<i>%</i>	<i>88,6</i>

<i>Płynna modulacja mocy kotła w zakresie</i>	%	30-100
<i>Minimalna temperatura powrotu czynnika grzewczego</i>	°C	55
<i>Maksymalna temperatura pracy</i>	°C	85
<i>Ogranicznik temperatury STB</i>	°C	94
<i>Minimalna ilość ciągów spalin w wymienniku</i>		Trzy ciągi spalin
<i>Minimalna grubość blachy w wymienniku</i>	mm	5
<i>Budowa wymiennika</i>		Płomieniówkowo-półkowa
<i>Maksymalna wysokość kotła i zasobnika na pellet</i>	mm	1600
<i>Maksymalna szerokość kotła i zasobnika na pellet</i>	mm	600
<i>Dopuszczalne ciśnienie pracy do</i>	bar	2
<i>Pojemność zasobnika minimum</i>	l	300
<i>Minimalna długość rury podającej pellet ze spiralą</i>	mm	1350
<i>Minimalna długość rury przezroczystej giętkiej</i>	mm	1000
<i>Wymagane elementy wyposażenia palnika</i>	Kpl	Zapalarka ceramiczna, fotoelement, czujniki temperatury, automatyczne czyszczenie palnika, (zgarniacz szlaki)
<i>Dopuszczona budowa palnika</i>	Kpl	Wrzutowy (nasypowy)
<i>System napowietrzania procesu spalania</i>	Kpl	Dysze powietrza pierwotnego, dysze powietrza wtórnego
<i>Sterownik z możliwością zliczania i zapisu na karcie micro SD (SD) impulsów z zewnętrznego przepływomierza z czujnikami temperatury zasilanie/ powrót – funkcja zliczania ciepła.</i>	Kpl	Obligatoryjnie

<i>Możliwość podłączenie do sterownika modułu komunikacji internetowej umożliwiającego zdalny dostęp do parametrów kotła, w tym informacji o ilości wytworzonego ciepła przez kocioł – wymaga podłączenia do sieci INTERNET.</i>	<i>Kpl</i>	<i>Obligatoryjnie</i>
<i>Gwarancja producenta na kocioł min. 5 lat</i>	<i>Kpl.</i>	<i>Obligatoryjnie</i>

W SWZ w Rozdziale 4 – Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający co do Części 2 podał:

4.2.2. część 2 zamówienia – „Dostawa i montaż kotłów na biomasę na terenie Gminy i Miasta Rudnik nad Sanem”, obejmująca:

- 1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 22 sztuk kotłów na biomasę wraz z osprzętem,
- 2) wykonanie w każdej lokalizacji, nie później niż 60 dni po podpisaniu umowy z Zamawiającym, inwentaryzacji budynków, z których sporządzone zostaną Protokoły Uzgodnień Montażowych z naniesionymi w programie graficznym z możliwością skalowania, rzutem pomieszczenia z umiejscowieniem kotła na biomasę oraz przebiegiem przewodów instalacji CO.
- 3) wykonanie montażu czopucha do komina,
- 4) zamontowanie zabezpieczeń instalacji,
- 5) wykonanie podłączenia kotła do instalacji centralnego ogrzewania,
- 6) wykonanie podłączenia kotła do instalacji c. w. u,
- 7) wykonanie montażu pomp obiegowych,
- 8) wykonanie montażu układu sterująco-regulującego,
- 9) wykonanie prób, badań i rozruchów instalacji kotłowni na biomasę,
- 10) odtworzenie do stanu pierwotnego wszelkich naruszonych powierzchni, elementów konstrukcyjnych oraz innych elementów uszkodzonych bądź naruszonych w wyniku montażu instalacji,
- 11) przeszkolenie użytkowników co do zasad prawidłowej eksploatacji zamontowanego kotła na biomasę wraz z opracowaniem szczegółowych instrukcji obsługi i ich przekazaniem użytkownikom.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 8 ustawy -

ust. 1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

ust. 2. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.

ust. 3. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

ust. 4. Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.

ust. 5. Dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba, w odniesieniu do zarzutu odwołania wyjaśnia i podkreśla w tym miejscu, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba nie dokonuje oceny zasadności czy braku zasadności postanowień dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ukształtowanych poszczególnych parametrów zamawianego urządzenia. Izba, na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach postępowania odwoławczego ocenia czynności lub zaniechania Zamawiającego, które są kwestionowane przez Odwołującego, a podnoszone w ramach zarzutów odwołania. Odwołujący podnosi zarzut zaniechania odrzucenia ofert ZPH K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie (dalej: ZPH K.) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w nawiązaniu do zasad prawa zamówień publicznych. Ocena zasadności podniesionego zarzutu musi być oparta na treści SWZ i zawartych tam warunków zamówienia.

W zakresie zarzutów: naruszenia art. 226 ust. 5 ustawy przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty ZPH K. i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż

pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania oraz art. 8 w zw. z art. 16 ustawy przez naruszenie przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób nieprzejrzysty – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołanie dotyczy Części 2 w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. „Dostawa i montaż kotłów na biomasę na terenie Gminy i Miasta Rudnik nad Sanem”.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Załączniku nr 10 do SWZ – Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi, dla części 2 wymagał:

Dane techniczne: *Dopuszczalne ciśnienie pracy*

Jednostka: *bar*

Parametry: *2*

W Karacie Katalogowej ZPH K., która została załączona do oferty, podał:

Dane techniczne: *Dopuszczalne ciśnienie pracy*

Jednostka: *bar*

Parametry: *2*

Typ kotła: *TAK – dla każdego z oferowanych rodzajów kotła*

Izba ustaliła, że w Raporcie z badań nr 115/19 – LG dołączonym do oferty, przedstawiono odwzorowanie graficzne Tabliczki znamionowej, gdzie w tabliczce podane zostało „SKP Bio Lux 10”, natomiast w opisie pod tym zdjęciem „Rysunek 2. Tabliczka znamionowa kotła SKP BIO LUX 20”. W treści zawartej na tej tabliczce znamionowej podano:

Maksymalne ciśnienie robocze *2.5 [bar]*

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba zwraca uwagę na to, że podany w SWZ w Załączniku nr 10 parametr jest zrozumiały, jednoznaczny i w taki, a nie inny sposób, określony przez Zamawiającego. Podane przez Zamawiającego do potwierdzenia w karcie katalogowej określenie – parametr *Dopuszczalne ciśnienie pracy* stanowiło wymaganie jakie na potrzeby tego zamówienia określił Zamawiający. Zamawiający wprost podał zatem, że oczekuje aby dopuszczalne ciśnienie pracy kotła nie przekraczało 2 bar,

przy czym jednocześnie nie określa w jaki sposób takie ciśnienie pracy kotła ma zostać osiągnięte. Skoro Zamawiający nie określił w jaki sposób ma być zagwarantowany parametr ciśnienia pracy kotła, nie zdefiniował również znaczenia tego parametru w jakikolwiek inny sposób, to zapewnienie ciśnienia pracy kotła na wymaganym poziomie pozostawił wykonawcy składającemu ofertę. Izba podkreśla w tym miejscu, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do znaczenia pojęć użytych przez Zamawiającego w SWZ na etapie oceny ofert wątpliwości tłumaczy się na korzyść wykonawców. Jest to zasada ugruntowana w orzecznictwie Izby, sądów powszechnych oraz szeroko prezentowana w doktrynie przedmiotu. Niemniej w ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku, nie ma żadnych niejasności, natomiast jeżeli Odwołujący uznawał, że wskazany parametr powinien odnosić się do innych wartości tych podanych w tabliczce znamionowej, powinien wnieść o wyjaśnienia treści SWZ w tym zakresie oraz ewentualną zmianę czy doprecyzowanie znaczenia tego parametru w sposób jaki to rozumie.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, a sprowadzającego się do tego, że *Dopuszczalne ciśnienie pracy*, tj. parametr określony w Załączniku nr 10 do SWZ oraz *Maksymalne ciśnienie robocze* wskazane w Tabliczce znamionowej oraz wyjaśniane w oparciu o normę PN-EN 303 -5 *maksymalne dopuszczalne ciśnienie robocze* opisują tę samą cechę urządzenia. W ocenie Izby, gdyby Zamawiający chciał określić wymaganie zgodnie z treścią normy oraz w konsekwencji treścią jaka prezentowana jest na tabliczce znamionowej to takie zamieściłby w załączniku nr 10 do SWZ. Odmiennosc sformułowań w zakresie tego parametru, pomiędzy tym jakie podane jest w SWZ, a jakie wynika z normy, a w konsekwencji podane w Tabliczce znamionowej jest jednoznaczna. „Dopuszczalny” w języku polskim rozumiany jest jako „dozwolony”, natomiast maksymalny oznacza „możliwie najwyższy lub największy” (Słownik języka polskiego PWN). To proste wyjaśnienie pokazuje, że znaczenie użytego określenia parametru w Załączniku nr 10 SWZ przez Zamawiającego nie jest tak szerokie jak określenie zawarte w normie. Zamawiający poprzestał na określeniu dozwolonego ale nie maksymalnego, możliwie najwyższego ciśnienia pracy kotła. Potwierdza to również argumentacja samego Zamawiającego zaprezentowana na rozprawie, wyjaśniająca, że *maksymalne dopuszczalne ciśnienie pracy do 2 bar jakie wprowadził do SWZ Zamawiający wynika z tego, że Zamawiający odniósł je nie do normy tylko do swojej własnej instalacji w jakiej kotły pracują, wymagań dotyczących jakości i długiego okresu pracy już tej instalacji*. Sam Odwołujący w zaprotokołowanej wypowiedzi w trakcie rozprawy potwierdził również, że *odnosi dopuszczalne ciśnienie pracy do 2 bar jakie wskazał Zamawiający bardziej do instalacji niż do samego kotła, ponieważ producent nie ma wpływu na ten parametr, bo nie ma wpływu na instalację, ponieważ zawór bezpieczeństwa i inne zabezpieczenia nie są elementem kotła*. W ocenie Izby potwierdza powyższe w sposób

jednoznaczny, że Odwołujący jako profesjonalista miał świadomość tego, że Zamawiający odnosząc się do dopuszczalności ciśnienia pracy kotła kierował się stanem technicznym i możliwościami technicznymi posiadanej instalacji, a nie maksymalnym dopuszczalnym ciśnieniem pracy kotła.

W odniesieniu do zarzutu oceny oferty wykonawcy Nikmar Izba wyjaśnia, że nie doszło w czynnościach Zamawiającego do naruszenia przepisów ustawy oraz zasad Prawa zamówień publicznych. Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba wskazuje, że w Karcie katalogowej Nikmar podano dla dopuszczalnego ciśnienia pracy 2,5 bar, natomiast w Karcie katalogowej ZPH K. podano 2 bar. Oznacza to, że wykonawca PZH Krzaczek na potrzeby tego postępowania zaoferował rozwiązanie, które zapewni dopuszczalne ciśnienie pracy na poziomie 2 bar, natomiast Nikmar oświadczył, że oferowane przez niego rozwiązanie nie zapewni pracy na tym poziomie. Izba za spójną i logiczną w odniesieniu do wymagań zawartych w treści Załącznika nr 10 do SWZ, w kontekście podnoszonych przez Odwołującego parametrów określonych w normie PN-EN 303-5, uznała argumentację Zamawiającego tłumaczącą różnice w określeniu parametrów w tłumaczącą, że innym parametrem jest maksymalne ciśnienie robocze kotła, a innym dopuszczalne ciśnienie pracy. Zamawiający wyjaśnił, że gdyby uznać, że są to te same wartości to kocioł przy dopuszczalnym ciśnieniu pracy do 2 bar i jego maksymalnym ciśnieniu roboczym musiałby pracować na granicznej swojej wydolności. Wartym odnotowania w tym miejscu jest fakt, że Odwołujący nie kwestionował w trakcie rozprawy tej argumentacji Zamawiającego.

Jednocześnie należy podkreślić, że nie miał Zamawiający żadnego obowiązku żądania potwierdzenia w karcie katalogowej tych parametrów jakie wynikają z normy. Również Odwołujący nie udowodnił tego, a nawet nie podnosił takiej argumentacji. Przypisywanie przez Odwołującego na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, czyli po złożeniu ofert, znaczenia pojęć jakie w jego ocenie powinny one posiadać jest działaniem nieuprawnionym i zmierzającym w efekcie do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych, bowiem ocena ofert w sposób jaki podaje Odwołujący naruszałaby te zasady. Zamawiający mógł określić jakiegokolwiek parametry jakie były dla niego istotne, a które miały np. szczególne znaczenie z uwagi na instalację CO w jakie będą montowane kotły. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest *dostawa i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 22 sztuk kotłów na biomasę wraz z osprzętem*. Oznacza to, że wymagane parametry jakich potwierdzenia żądał w karcie katalogowej Zamawiający spójne są z tym co stanowi przedmiot zamówienia i jak wykazał Zamawiający miały znaczenie dla niego, dlatego zostały określone w taki sposób.

Izba, mając na uwadze zakres zarzutów poddanych rozpoznaniu uznała bezprzedmiotowość dowodów załączonych do pisma Zamawiającego, bowiem odnoszą się te dowody do innych okoliczności jakie nie były objęte zarzutami odwołania poddanymi rozpoznaniu.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla kreowania błędów w ofercie konkurencyjnego wykonawcy przez Odwołującego, a naruszenie ustawy i określonych nią zasad zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkie zasady te obowiązują.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 i § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w *sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: