

Sygn. akt: KIO 1893/21

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2021 roku przez wykonawcę **ZPH K. Sp. z o.o. z siedzibą w Klikawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Puławy**

przy udziale: wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **ZPH K. Sp. z o.o. z siedzibą w Klikawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **ZPH K. Sp. z o.o. z siedzibą w Klikawie**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **ZPH K. Sp. z o.o. z siedzibą w Klikawie** na rzecz zamawiającego **Gminy Puławy** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.

Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. 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

Gmina Puławy (zwany dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę i pomp ciepła na terenie Gminy Puławy. Numer referencyjny: IT.271.13.2020*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zamówienie podzielone jest na dwie części.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2020 roku pod numerem 2020/S 252-634971.

Wykonawca - ZPH K. Sp. z o.o. z siedzibą w Klikawie (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 25 czerwca 2021 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego - w zakresie części II zamówienia – a polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach (zwanego dalej: „FlexiPower Group”);
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy FlexiPower Group z powodu jej niezgodności z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);

3) zaniechanie wykluczenia wykonawcy FlexiPower Group, który wprowadził zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji mających wpływ na wynik sprawy w zakresie spełniania przez oferowane urządzenia wymagań określonych w SIWZ m.in. w zakresie grubości blachy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przepisów tj.:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty FlexiPower Group z części II postępowania, podczas gdy złożone w toku postępowania dokumenty nie potwierdzają, że oferowane kotły spełniają wymogi przewidziane w SIWZ;

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy FlexiPower Group z uwagi na wprowadzanie przez tego wykonawcę zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji stanowiących elementy oferty, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FlexiPower Group, podczas gdy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą doszło do niedopuszczanych negocjacji dot. treści złożonej oferty, gdyż w czasie składania wyjaśnień wykonawca złożył kartę katalogową II, czym zaproponował inne urządzenia niż oferowane pierwotnie;

4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wybór oferty FlexiPower Group jako najkorzystniejszej w zakresie części II postępowania, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, a sam wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty FlexiPower Group jako oferty najkorzystniejszej w części II;

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie części II postępowania;

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty FlexiPower Group w części II postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz wykluczenie FlexiPower Group z postępowania w części II na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;

4) zwrot kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający uznał ofertę złożoną przez FlexiPower Group za najkorzystniejszą przyznając jej 100 pkt, w tym za „cenę” 60 pkt, „za czas reakcji przeglądu gwarancyjnego na żądanie” 20 pkt oraz za „sprawność kotła” 20 pkt. Przedmiotem oferty ww. wykonawcy były 2 kotły:

- 1) kocioł na biomasę o mocy min. 16 kw- Heiztechnik Hit Pellet 16
- 2) kocioł na biomasę o mocy min. 25 kw- Heiztechnik Hit Pellet 25.

Odwołujący podkreślił też, że wykonawca FlexiPower Group w swojej ofercie w ramach kryterium oceny ofert „sprawność kotła” zaoferował sprawność kotła zgodna z normą PN-EN 3030-5:2021 lub równoważną dla 5 klasy w %- powyżej 91% i otrzymał za to 20 pkt w kryterium oceny ofert.

Następnie, odwołujący zauważył, iż zamawiający w zakresie kotłów na biomasę określił w SIWZ wymagania dla oferowanych urządzeń w pkt. 4.3. - Szczegółowy zakres prac (Opis Przedmiotu Zamówienia), a w szczególności w pkt. 4.3.2.- Załącznik nr 1.2. do SIWZ (część 2 zamówienia - kotły na biomasę oraz pompy ciepła). Wskazał także, iż w załączniku nr 1.2. do SIWZ dla oferowanych w przedmiotowym postępowaniu urządzeń istotne znaczenie ma Projekt budowlano-wykonawczy wymiany źródeł ciepła na kocioł grzewczy C.O.+ C.W.U. wykorzystujący biomasę zestaw 4,8-16 kW, zwany dalej „OPZ dla kotła 16 kW” oraz Projekt budowlano-wykonawczy wymiany źródeł ciepła na kocioł grzewczy C.O. + C.W.U. wykorzystujący biomasę zestaw 7.5.-25 kW, zwany dalej „OPZ dla kotła 25 kW”. W toku prowadzonego postępowania w wyniku złożonych wyjaśnień zamawiający doprecyzował wymagania dla przedmiotowego zadania w późniejszych wyjaśnieniach do treści SIWZ. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na zestaw pytań z dnia 4.01.2021 r., gdzie w odpowiedzi na pytanie 6.: *„Czy Zamawiający odpuszcza jako rozwiązanie równoważne kocioł na pelet wykonany z stali kotłowej 5 mm [..]?”* zamawiający wskazał, iż: *„Zamawiający oczekuje najwyższej trwałości wbudowanych urządzeń i pozostawia wymagania dotycząc stali konstrukcyjnej kotła bez zmian”,* czym potwierdził, iż oferowane urządzenie, czyli kocioł musi być wykonane ze stali kotłowej o grubości 6 mm.

Podsumowując, odwołujący wskazał, że zamawiający na podstawie ww. dokumentów oczekiwał dostawy dwóch typów kotłów, m.in. o następujących parametrach:

- 1) Dla kotła na biomasę o mocy min. 16 kW, zamawiający wskazał m.in. następujące parametry:
 - a) Mocy w zakresie 4.8-16 kW,
 - b) Sprawności nominalnej nie mniejszej niż 89%, przy czym zgodnie z 18.9 SIWZ maksymalną liczbę 20 pkt w kryterium oceny ofert „sprawność kotła” uzyskiwały kotły ze

sprawnością zgodna z normą PN-EN 303-5:2012 lub równoważną dla 5 klasy - powyżej 91 %

c) Pracy kotła modulowanej w zakresie 30-100% mocy nominalnej

d) Grubości blachy komory kotła nie mniejszej niż 6 mm

2) Dla kotła na biomasę o mocy min. 25 kW, zamawiający wskazał m.in. następujące parametry:

a) Moc w zakresie 7.5-25 kW,

b) Sprawności nominalnej nie mniejszej niż 89%, przy czym zgodnie z 18.9 SIWZ maksymalną liczbę 20 pkt w kryterium oceny ofert „sprawność kotła” uzyskiwały kotły ze sprawnością zgodna z normą PN-EN 303-5:2012 lub równoważną dla 5 klasy - powyżej 91 %

c) Pracy kotła modulowanej w zakresie 30-100% mocy nominalnej

d) Grubości blachy komory kotła nie mniejszej niż 6 mm.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 23 kwietnia 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę FlexiPower Group w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów w zakresie części II.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca FlexiPower Group złożył następujące dokumenty:

1) Kartę katalogową kotłów Hit Pellet z lipca 2020 r. (zwana dalej: „Kartą katalogową I”)

2) Świadectwo nr OS/391/CUE/17

3) Sprawozdanie z badań nr 6/17-LG dla kotła typu Hit Pellet 15

4) Sprawozdanie z badań 7/17-LG dla kotła typu Hit Pellet 30

5) Sprawozdanie z badań 54/17-LG dla kotła typu Hit Pellet 60

6) Zaświadczenie dla kotła Hit Pellet 16 z 9 lutego 2017 r.

7) Zaświadczenie dla kotła Hit Pellet 25 z 9 lutego 2017 r.

W ocenie odwołującego z powyższych dokumentów wynika jednoznacznie, iż oferowane urządzenia nie spełniają wymagań zamawiającego z następujących powodów:

1) W Karcie katalogowej I - z opisu produktu (strona 1) wynika, iż cały typoszereg wykonany jest z blachy o grubości 5 mm, czyli cieńszej niż wymagał zamawiający (min. 6 mm).

2) Karta katalogowa I przedstawia dwa typy urządzeń: Hit Pellet 15-60 kW oraz Hit Pellet ze zintegrowanym układem hydraulicznym (15-30 kW) - opcja wykonalna. Karta katalogowa I nie zawiera informacji o oferowanym kotle Hit Pellet 25, pomimo że objęty jest on ofertą wykonawcy.

3) Z karty katalogowej I wynika (str. 2 tabela „Palnik”), iż wymagany przez zamawiającego palnik ze zgarniaczem szlaki nie jest wersją standardową urządzenia, lecz jego opcją wykonania.

4) Z karty katalogowej I wynika (str. 2 tabela „Podstawowe wymiary i dane techniczne”), iż zakres mocy kotła Hit Pellet 16 to 5-16 kW, czyli oferowane urządzenie nie spełnia wymagań zamawiającego co do oczekiwanego zakresu mocy 4,8-16 kW.

5) Z karty katalogowej I wynika (str. 2 tabela „Podstawowe wymiary i dane techniczne”), iż zakres mocy kotła Hit Pellet 16 z instalacją hydrauliczną to 5-20 kW, czyli oferowane urządzenie nie spełnia wymagań zamawiającego co do oczekiwanego zakresu mocy 4,8-16 kW.

6) W Świadectwie nr OS/391/CUE/17 na stronie 2 w wierszu „Sprawność” przedstawione zostały wartości sprawności dla kotłów Hit Pellet 15, 30 i 60 (podczas gdy oferowane przez FlexiPower Group kotły w ofercie z dnia 19.02.2021 r. to kocioł Hit Pellet 16 i kocioł Hit Pellet 25).

7) Na podstawie Świadectwa nr OS/391/CUE/17 należy stwierdzić, że sprawności powyżej 91% zostały osiągnięte jedynie dla mocy nominalnych badanych kotłów (mocy maksymalnych). W Świadectwie nr OS/391/CUE/17 wyraźnie zaznaczono wartości dla mocy maksymalnej i dla obniżonej - minimalnej. Analiza wartości sprawności przy mocy obniżonej wskazuje, że kotły te nie osiągają sprawności powyżej 91%. Przy mocy obniżonej tj. 30% wartości nominalnej (moc minimalna) wartości sprawności nie przekraczają 91%. Zamawiający powinien przyznać 20 pkt w tym kryterium - za sprawność powyżej 91% dla kotłów w całym przedziale modulacji mocy, czyli oczekiwanych przez niego 30-100% mocy nominalnej. Jak wynika z powyższych danych, oferowane kotły nie spełniają parametru sprawności powyżej 91% w zakresie oczekiwanej przez zamawiającego pracy w przedziale 30-100 % mocy nominalnej. W związku z tym oferowane urządzenia nie spełniają kryterium sprawności kotła określonej w 18.9 SIWZ wiersz trzeciej tabeli. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający nie miał podstaw do przyznania FlexiPower Group 20 pkt w zakresie kryterium oceny ofert „Sprawność kotła”.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający z uwagi na powzięte wątpliwości co do spełniania wymagań przez oferowane urządzenia w dniu 28 maja 2021 roku wezwał wykonawcę FlexiPower Group – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do wyjaśnienia treści oferty i dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego mających potwierdzić, że ofertowane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ. W piśmie tym zamawiający:

- w pkt 1 zawniósł o wyjaśnienie danych o grubości kotła ujętych w złożonej Karcie katalogowej I. Zamawiający wskazał, że w karcie widnieje zapis, iż wymiennik kotła wykonano z blachy o grubości 5mm. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z OPZ grubość blachy komory kotła winna wynosić min. 6 mm. Zamawiający zażądał potwierdzenia w sposób niebudzący wątpliwości tych niezgodności np. dokumentacją techniczną producenta.

- w pkt 2 zamawiający wniósł o wyjaśnienie przyczyny podania w karcie katalogowej dwóch wariantów kotła tj. kotła z instalacją hydrauliczną oraz bez takiej instalacji. Zamawiający wskazał, że kotły te mają różne parametry i poprosił o wyjaśnienie: „który z kotłów objęty jest ofertą”, dalej napisał: „czy oba warianty spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego ujęte w OPZ?”

- w pkt 3 zamawiający wniósł o wyjaśnienie rozbieżności danych dot. mocy obu wariantów kotła Hit Pellet w kartach katalogowych z danymi ujętymi w sprawozdaniu z badań 6/17- LG oraz 7/17-LG. Ponadto zamawiający oświadczył: „Hit Pellet 15 kW - w sprawozdaniu podano moc 15 kW oraz moc grzewczą 5-15 kW. W karcie katalogowej podano moc znamionową 15 kW oraz zakres mocy 4.5-15 kW”. Ponadto zamawiający zauważył, że w Karcie katalogowej I brak jest parametrów dla kotła Hit Pellet 25 kW. Zamawiający wskazał, że przebadano kocioł Hit Pellet 25 i posiada on moc 7.5-25 kW, natomiast nie ma to odzwierciedlenia w złożonej Karcie katalogowej I, gdzie w dwóch wariantach występuje kocioł 24 kW o mocach 8-24, a nie kocioł 25 kW.

- w pkt 4 zamawiający poprosił o wyjaśnienie zapisu w Karcie katalogowej I o możliwości wyposażenia kotła 15 kW i 60 kW w zintegrowany system zabezpieczenia temperatury. Zgodnie z wymogiem zamawiającego kocioł powinien być w taki system wyposażony obligatoryjnie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca FlexiPower Group przy piśmie z 7 czerwca 2021 r. załączył nową kartę katalogową z czerwca 2021 r. (zwana dalej: „Kartą katalogową II”) oraz przedstawił dodatkowe wyjaśnienia producenta Heiztechnik przedstawione jako informacja dla FlexiPower Group z dnia 2.06.2021 r.

Odwołujący wskazał też, że producent Heiztechnik w piśmie z 2.06.2021 roku skierowanym jako informacja dla FlexiPower Group stwierdził, iż:

- w pkt 1 stwierdził, iż omyłkowo przestawił kartę katalogową dla kotła, którego komora paleniskowa została wykonana z blach o grubości 5 mm. Poinformował, że na przedmiotowe zadanie przeznaczone zostały kotły, których komora paleniskowa została wykonana z blach z 6 mm oraz przedstawił nową kartę katalogową. Zdaniem odwołującego, w ten sposób producent potwierdził, że Karta katalogowa II przedstawia inne urządzenie niż karta katalogowa I.

- w pkt 2 stwierdził, karta katalogowa I zawiera informacje na temat tego samego kotła, ale w dwóch wersjach wykonania. W ocenie odwołującego, oznacza to, że producent potwierdził fakt zaoferowania dwóch różnych kotłów w Karcie katalogowej I.

- w pkt 3 producent Heiztechnik oświadczył, że Karta katalogowa II (nowa załączona karta katalogowa) obejmuje kocioł o mocy 25 kW. Według odwołującego, oznacza to, że Karta katalogowa I nie obejmowała takiego kotła. Dalej producent wyjaśnił, że kocioł o mocy

nominalnej 15 kW nigdy nie osiągnął wymaganej przez zamawiającego mocy min. 16 kW, a jedynie 15,8 kW.

- w pkt 4 producent potwierdza, że oferowane kotły mogą zostać wyposażone w zintegrowany system zabezpieczenia temperatury powrotu - czyli – w ocenie odwołującego - oferowane kotły w/w zabezpieczenia nie posiadają, mogą być ewentualnie dodane, co potwierdza brak zgodności z wymaganiami zamawiającego i stanowi to niedozwolone negocjacje, gdyż zaoferowane urządzenia, nie posiadają zintegrowanego systemu zabezpieczenia temperatury powrotu, co jest wymaganiem zamawiającego, lecz wykonawca informuje jedynie o możliwości ich dodania i jednocześnie podkreśla, że funkcję systemu może pełnić inny element, który wykonawca będzie zobowiązany zamontować.

W dalszej części odwołania odwołujący podnosił, że przy piśmie z dnia 28 maja 2021r. FlexiPower Group złożył drugą kartę katalogową (zwaną Kartą katalogową II), której to analiza wskazuje, że opisuje ona inne urządzenia niż Karta katalogowa I. Odwołujący zauważył, iż opis urządzeń w Karcie katalogowej II przedstawia urządzenia o grubości blachy 6 mm, zaś w tabeli zatytułowanej: „Hit Pellet podstawowe wymiary i dane techniczne” parametry i dane techniczne zostały zmienione dla wszystkich oferowanych kotłów w typoszeregu w stosunku do Karty katalogowej I w zakresie masy kotłów, a także dodany został kocioł o mocy znamionowej 25 - Hit Pellet 25. Zostały zmienione również zakresy mocy dla kotła Hit Pellet 16 i Hit Pellet 16 z instalacją hydrauliczną z odpowiednio 5-16 kW z Karty I na 4,8-16 w Karcie II oraz 5-20kW z Karty I na 4,8-16 w Karcie II.

Odwołujący podkreślił także, że w Karcie katalogowej I wykonawca FlexiPower Group nie przedstawił żadnych parametrów i danych technicznych dla oferowanego kotła Hit Pellet 25, co oznacza, że zaoferował w ofercie kocioł Hit Pellet 25, ale nie przedstawił następnie żadnych dokumentów na potwierdzenie parametrów tego urządzenia w Karcie katalogowej I, a co za tym idzie nie potwierdził wymagań SIWZ. Odwołujący zauważył też, iż zarówno w Karcie katalogowej I, jak i Karcie katalogowej II, FlexiPower Group oferuje kilka wariantów urządzenia, jednakże żadne z tych urządzeń w pełni nie spełnia wszystkich określonych w SIWZ parametrów.

W ocenie odwołującego, wybrana oferta wykonawcy FlexiPower Group winna zostać odrzucona, gdyż oferowany produkt jest niezgodny z treścią SIWZ, a ponadto w trakcie składania wyjaśnień i dokumentów na etapie badania oferty wybranego wykonawcy doszło do niedozwolonych negocjacji pomiędzy wybranym wykonawcą a zamawiającym, a także wskutek negocjacji doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty, co uzasadnia przedstawiony powyżej stan faktyczny.

Odwołujący wskazał, że według posiadanych przez niego informacji na rynku zamówień publicznych, kotły produkcji Heiztechnik typu Hit Pellet w postępowaniach o zamówienia publiczne zawsze oferowane były w wersji o grubości blach 5 mm, co znajduje potwierdzenie w przedstawionej przez FlexiPower Group w niniejszym postępowaniu Karcie katalogowej I. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na postępowanie prowadzone przez Gminę Nałęczów. Zdaniem odwołującego, wykonawca oferując urządzenia opisane w Karcie katalogowej I zaoferował urządzenia o grubości blach 5 mm, przy czym nie można tego określić jako omyłkowo przedstawioną kartę katalogową. Odwołujący podkreślił, że karta katalogowa jest potwierdzeniem zaoferowania konkretnego urządzenia i identyfikuje konkretne urządzenie. Złożenie przez FlexiPower Group Karty katalogowej I oznacza, że zaoferowane zostały urządzenia w niej określone, natomiast przedstawienie Karty katalogowej II oznacza, że wykonawca FlexiPower Group zaoferował całkiem inne urządzenia. W ten sposób – w ocenie odwołującego - wykonawca dokonał zakazanej modyfikacji treści oferty.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, że FlexiPower Group przedstawił dwie różne karty katalogowe z przynajmniej czterema wersjami różnych urządzeń. Wyjaśnił, iż świadectwa 5 klasy według normy PN-EN 303-5:2012 i zaświadczenia o spełnianiu wymagań ecodesign są wystawiane dla jednego konkretnego badanego w jednostce badawczej typu kotła. Wykonawca zatem wprowadził zamawiającego w błąd oferując wiele urządzeń o różnych parametrach technicznych, okazując zaświadczenia dotyczące jednego konkretnego urządzenia i twierdząc, że są one ważne wobec wszystkich oferowanych urządzeń. Składając Kartę katalogową II ze zmienioną grubością blachy na 6 mm, a co za tym idzie zmienioną masą urządzenia, w stosunku do urządzeń w Karcie katalogowej I, pozostawił to samo świadectwo i dwa zaświadczenia, błędnie dowodząc, że przedstawione zaświadczenia i świadectwo obejmują również urządzenia oferowane w Karcie katalogowej II.

Zdaniem odwołującego, to że wykonawca FlexiPower Group na podstawie oferty i złożonych dokumentów wskazał na możliwość zaoferowania zamawiającemu kilku różnych produktów, stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i otwiera możliwość dokonywania zmian treści oferty oraz prowadzenia negocjacji z zamawiającym, co stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, iż urządzenie winno mieć nazwę jednoznacznie określającą jego typ i tożsamą z nazwą zamieszczoną na zaświadczeniach i świadectwach. FlexiPower

Group przedstawił zaświadczenia i świadectwa, lecz w świetle przedstawionych dokumentów nie można ustalić, której wersji urządzenia dotyczą.

Następnie odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne podnoszonych zarzutów wskazując, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp jest postępowaniem sformalizowanym wymagającym stosowania reguł ustanowionych w treści SIWZ z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający jest zatem związany procedurami obowiązującymi w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, zaś wykonawca ma obowiązek dostosować do oczekiwań zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp zakazują dokonywania przez wykonawcę modyfikacji treści oferty po upływie terminu składania ofert. Odwołujący podkreślił przy tym, że wykonawcy związani są treścią SIWZ, a zamawiający także zobowiązany jest postępować zgodnie z postanowieniami i zasadami postępowania. Jeżeli zamawiający ukształtował treść wymagań dot. przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby wykonawca spełnił określone warunki SIWZ, powinien konsekwentnie oceniać złożone oferty przez pryzmat określonych w SIWZ wymagań. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 19 kwietnia 2019 r. o sygn. akt: KIO 621/19, wyrok z dnia 11 lipca 2018 r. o sygn. akt: KIO 1248/18 oraz wyrok z dnia 18 maja 2018 r. o sygn. akt: KIO 845/18.

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający zobowiązany jest do oceny złożonych ofert zgodnie z ustaloną przez siebie treścią SIWZ. Jeżeli treść oferty nie odpowiada wymagań określonych przez zamawiającego, powinien od odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym zakresie odwołujący powołał się na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 25 czerwca 2019 r. o sygn. akt: KIO 1038/19, wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r. o sygn. akt: KIO 11/17, wyrok z dnia 24 marca 2015 o sygn. akt: KIO 436/15.

Zamawiający nie może dopuszczać do zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert, gdyż narusza to zasadę równego traktowania wykonawców, przy czym pogląd taki znajduje odzwierciedlenie m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2016 o sygn. akt: KIO 250/16.

Zdaniem odwołującego wymienione powyżej niezgodności treści oferty FlexiPower Group z postanowieniami SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczą niezgodności z wymaganiami sprecyzowanymi w SIWZ, w związku z czym zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty FlexiPower Group na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

Pzp. Natomiast zamawiający nie dokonując powyższej czynności dopuszcza się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, odwołujący wskazywał, że w związku z podaniem przez FlexiPower Group informacji o tym, że ofertowane urządzenia spełniają wymagania SIWZ w zakresie grubości blachy komory kotła nie mniejszej niż 6 mm, oraz w zakresie sprawności nominalnej powyżej 91%, przez co spełniają wszystkie parametry określone w SIWZ oraz OPZ wykonawca podał zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd, co miało istotny wpływ na przebieg postępowania. Skoro urządzenia będące przedmiotem oferty FlexiPower Group nie spełniały wymogów zamawiającego w zakresie grubości blachy, wykonawca nie powinien składać w tym postępowaniu oferty. Ponadto, złożenie Karty katalogowej II było ze strony wykonawcy FlexiPower Group działaniem wprowadzającego zamawiającego w błąd co do oferowanych urządzeń. Skoro FlexiPower Group złożył ofertę, a tym samym oświadczył, że zaoferowane kotły spełniają wymagania SIWZ takie działania należy uznać za wprowadzające zamawiającego w błąd. Ponadto, oświadczenia wykonawcy FlexiPower Group miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta FlexiPower Group została wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto, FlexiPower Group zaoferował sprawność nominalną powyżej 91%, podczas gdy rzeczywiście oferowane urządzenia posiadają niższą sprawność, a tym samym uzyskał w tym kryterium oceny ofert maksymalną liczbę punktów, tj. 20. To działanie także wprowadziło w błąd zamawiającego, a przyznanie FlexiPower Group większej ilości punktów niż faktycznie należna, miało niewątpliwie wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący podkreślał, iż stosownie do przepisu art. 82 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę i zgodnie art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść tej oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazane jest prowadzenie negocjacji dotyczących treści oferty.

Odwołujący wskazał, że wykonawca FlexiPower Group powołał się na pomyłkę producenta, który dostarczył złą kartę katalogową (Kartę katalogową I). W ocenie odwołującego była to omyłka nie podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ jej poprawienie spowodowało istotną zmianę treści oferty. Podkreślił, iż istotną zmianą jest podmiana produktu niezgodnego z SIWZ na produkt zgodny. Dodał też, że w niniejszej sprawie nie zaszły żadne okoliczności pozwalające na przyjęcie, że z oferty

wybranego wykonawcy wynikała wola zaoferowania właściwego produktu. Na wezwanie zamawiającego wybrany wykonawca przedłożył nową kartę katalogową (Karta katalogowa II) zawierającą całkiem inne parametry i urządzenia niż karta katalogowa przedstawiona pierwotnie (Karta katalogowa I). Z powyższych okoliczności wynika, iż zamawiający powinien uznać, że oświadczenie woli wykonawcy w postaci oferty złożonej w postępowaniu wskazywało na zaoferowanie produktu niezgodnego z SIWZ.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2018, w sprawie o sygn. akt: KIO 902/18.

Wobec powyższego odwołujący wnosił jak we wstępie.

Zamawiający w dniu 29 czerwca 2021 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 2 lipca 2021 roku wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach (zwany dalej: „przystępującym” lub „FlexiPower Group”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy nPzp i tym samym wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 23 sierpnia 2021 roku zamawiający przekazał do Izby odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 25 sierpnia 2021 roku z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba ustaliła także, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), oferty przystępującego, wezwań zamawiającego skierowanych do przystępującego i odpowiedzi przystępującego na te wezwania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Ponadto, Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez strony w toku postępowania.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 sierpnia 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę i pomp ciepła na terenie Gminy Puławy, która jest realizowana w ramach projektów pn.: „Odnawialne Źródła Energii na terenie Gminy Puławy część I” oraz „Odnawialne Źródła Energii na terenie Gminy Puławy część II”.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie części nr 2: *„Dostawa i montaż kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie Gminy Puław”*. Część nr 2 zgodnie z postanowieniami pkt 4.2.2.1 SIWZ obejmowała m.in. 4.2.2.1. w zakresie kotłów wykorzystujących biomasę: dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 76 szt. kotłów wykorzystujących biomasę montowanych w budynkach mieszkalnych u osób fizycznych, w tym:

- a) dla projektu pn.: „Odnawialne Źródła Energii na terenie Gminy Puławy część I” – 37 szt. kotłów wykorzystujących biomasę,
- b) dla projektu pn.: „Odnawialne Źródła Energii na terenie Gminy Puławy część II” – 39 szt. kotłów wykorzystujących biomasę.

Zgodnie z pkt 4.3.2. SIWZ Szczegółowy zakres prac (Opis Przedmiotu Zamówienia) dla części 2 zamówienia zawarty jest w załączniku Nr 1.2 do SIWZ.

W załączniku Nr 1.2 do SIWZ (tj. Dokumentacji Technicznej) w Projekcie Budowlano-Wykonawczym wymiany źródeł ciepła na kocioł grzewczy C.O. + C.W.U. wykorzystujący biomasę zestaw 4,8-16kW zostały opisane m.in. następujące parametry kotła wykorzystującego biomasę:

- moc 4,8-16 kW
- sprawność nominalna nie mniejsza niż 89%
- dopuszczalna temperatura robocza 85°C
- zgodność z wymaganiami dla 5 klasy wg PN-EN 303.5 – 2012 (lub równoważna), i dyrektywy EU dotyczącej Eco Design (eko projekt).

Dalej zostało wskazane, że: „Projektuje się trójciągowy kocioł grzewczy z wymiennikiem wykonanym w technologii płomieniówkowo – półkowej i poziomym przepływem spalin wyposażony w modulowany palnik pelletowy, posiadający zapalarkę ceramiczną do samoczynnego zapłonu, fotoelement do kontroli stanu pracy palnika i czujnik temperatury palnika. Palnik został wyposażony w zgarniacz szlaki (...). Aby zapewnić dopasowanie mocy kotła do aktualnego zapotrzebowania budynku kocioł może pracować z mocą modulowaną w zakresie 30% - 100% mocy nominalnej. (...) Grubość blachy komory kotła, nie mniej niż 6mm. (...)”.

oraz „Zabezpieczenie minimalnej temperatury powrotu na kocioł”.

W załączniku Nr 1.2 do SIWZ (tj. Dokumentacji Technicznej) w Projekcie Budowlano-Wykonawczym wymiany źródeł ciepła na kocioł grzewczy C.O. + C.W.U. wykorzystujący biomasę zestaw 7,5-25 kW zostały opisane m.in. następujące parametry kotła wykorzystującego biomasę:

- moc 7,5-25 kW
- sprawność nominalna nie mniejsza niż 89%
- dopuszczalna temperatura robocza 85°C
- zgodność z wymaganiami dla 5 klasy wg PN-EN 303.5 – 2012 (lub równoważna), i dyrektywy EU dotyczącej Eco Design (eko projekt).

Dalej zostało wskazane, że: „Projektuje się trójciągowy kocioł grzewczy z wymiennikiem wykonanym w technologii płomieniówkowo – półkowej i poziomym przepływem spalin wyposażony w modulowany palnik pelletowy, posiadający zapalarkę ceramiczną do samoczynnego zapłonu, fotoelement do kontroli stanu pracy palnika i czujnik temperatury palnika. Palnik został wyposażony w zgarniacz szlaki (...). Aby zapewnić dopasowanie mocy kotła do aktualnego zapotrzebowania budynku kocioł może pracować z mocą modulowaną w zakresie 30% - 100% mocy nominalnej. (...) Grubość blachy komory kotła, nie mniej niż 6mm. (...)”.

oraz „Zabezpieczenie minimalnej temperatury powrotu na kocioł”.

Z kolei w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej: „STWiOR”) dot. budowy kotłowni na biomasę w pkt 1.7 (Urządzenia), zostało wskazane, iż:

„Wszystkie podstawowe, nowe urządzenia technologiczne tj:

- kotły
- pompy
- armatura regulacyjna i pomiarowa

będą zaopatrzone w fabryczne dokumentacje techniczno – ruchowe w których szczegółowo określono zastosowane materiały użyte do produkcji danego urządzenia oraz sposób ich montażu.

Wymagania szczegółowe dotyczące kotła na biomasę:

- sprawność nominalna nie mniejsza niż 89%
- dopuszczalna temperatura robocza 85°C
- zgodność z wymaganiami dla 5 klasy wg PN-EN 303.5 – 2012 (lub równoważna), i dyrektywy EU dotyczącej Eco Design (eko projekt).
- kocioł wyposażony w modułowany palnik pelletowy, posiadający zapalarkę ceramiczną do samoczynnego zapłonu, fotoelement do kontroli stanu pracy palnika i czujnik temperatury palnika.
- palnik wyposażony w zgarniacz szlaki, kształtem odpowiadający kształtowi skośnej podłogi paleniska, dla skutecznego usuwania produktów spalania, występujących podczas spalania paliw o niższej jakości, a co za tym idzie, o wyższej zawartości popiołu. Praca zgarniacza szlaki kontrolowana jest przez regulator kotłowy pozwalający na zmianę czasu pomiędzy cyklami jego pracy, w zależności od jakości spalanego paliwa”.

W załączniku nr 8 do SIWZ - *Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi* w zakresie kotłów na biomasę (część 2 zamówienia) zamawiający wymagał:

- Klasa kotła wg PN-EN 303-5:2012 lub równoważna - 5;
- dopuszczalna temperatura robocza – min. 85 stop. C;
- sprawność nominalna – min. 89%.

W odwołaniu (co zostało zreferowane powyżej) odwołujący przedstawił historię wezwań kierowanych do przystępującego i jego odpowiedzi.

W konsekwencji przeprowadzonego badania i oceny ofert zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy FlexiPower Group jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

I. Zarzut nr 1 *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty FlexiPower Group z części II postępowania, podczas gdy złożone w toku postępowania dokumenty nie potwierdzają, że oferowane kotły spełniają wymogi przewidziane w SIWZ.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Na wstępie Izba zwraca uwagę na stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 23 marca 2021 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 578/21, a opartym na utrwalonym już orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż: *„zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna. (...) Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPublU musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z. (...) Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelných zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.”*

Zgodnie z treścią oferty wykonawca FlexiPower Group w zakresie części 2 zamówienia zaoferował:

- 1) Kocioł na biomasę o mocy min. 16 kW – kocioł producenta Heiztechnik; model: Hit Pellet 16;
- 2) Kocioł na biomasę o mocy min. 25 kW – kocioł producenta Heiztechnik; model: Hit Pellet 25.

W dniu 23 kwietnia 2021 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia m.in. karty katalogowej oferowanych kotłów na biomasę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w Załączniku nr 8 do SIWZ. W odpowiedzi wykonawca złożył Kartę katalogową (określaną przez odwołującego jako: „Karta katalogowa I”).

W odwołaniu odwołujący wskazał na szereg niezgodności opisu produktu zawartego w Karcie katalogowej I z parametrami określonymi przez zamawiającego w SIWZ (m.in. w zakresie grubości blachy, zakresu mocy kotła). Ponadto, wskazywał, że Karta katalogowa I nie zawiera informacji o oferowanym kotle Hit Pellet 25, jak i na to, że Karta katalogowa I zawiera różne opcje urządzenia.

Następnie zamawiający w dniu 28 maja 2021 roku, działając na podstawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty i dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego, wskazując m.in. na kwestie podnoszone przez odwołującego.

W odpowiedzi wykonawca FlexiPower Group złożył nową kartę katalogową dotyczącą oferowanych kotłów na biomasę (określaną przez odwołującego jako: „Karta katalogowa II”) oraz wyjaśnienia producenta Heiztechnik.

Odwołujący swój zarzut konstruował m.in. na tym, że Karta katalogowa II obejmuje inne urządzenie niż Karta katalogowa I (o innych parametrach technicznych) oraz na tym, że wykonawca w odniesieniu do kotła Hit Pellet 25 kW nie przedstawił w ogóle na pierwsze wezwanie karty katalogowej, a tym samym nie potwierdził wymagań SIWZ.

W tym miejscu należy przywołać przepisy art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp:

1. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów

niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jak słusznie wskazywał zamawiający, powołując się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie (wyrok z dnia 29 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 2288/20), *„dokumenty, których zamawiający żąda na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p., nie stanowią treści oferty. Natomiast w przypadku braków lub błędów w tych dokumentach zamawiający jest zobowiązany wezwać do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Jednocześnie przedłożenie prawidłowych dokumentów nie będzie prowadziło do zmiany treści oferty, ponieważ nie spowoduje zaoferowania innego niż pierwotnie przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdzi uprzednio złożone oświadczenie.”*

W tym miejscu należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom odwołującego, nie doszło do zakazanej modyfikacji treści oferty poprzez złożenie nowej, poprawionej karty katalogowej. Karta katalogowa I złożona w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie stanowiła treści oferty, lecz była dokumentem mającym potwierdzać, że oferowane urządzenia (kotły na biomasę) spełniają wymagania postawione przez zamawiającego. W wyniku ponownego wezwania zamawiającego wykonawca FlexiPower Group przedłożył wyłącznie poprawioną kartę katalogową (Karta katalogowa II), potwierdzającą spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, a nie zaoferował innego urządzenia. Karta katalogowa II obejmowała również kocioł o mocy min. 25 kW, którego nie obejmowała Karta katalogowa I.

Faktem jest, że w ramach wezwania z dnia 28 maja 2021 roku zamawiający nie wzywał do złożenia poprawionej karty katalogowej, ale wykonawca był do tego w pełni uprawniony. Zamawiający wezwał go do wyjaśnień treści oferty i złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W odpowiedzi wykonawca FlexiPower Group złożył poprawioną kartę katalogową, do czego - w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – był uprawniony.

Opis Karty katalogowej II potwierdza wymaganą przez zamawiającego grubość blachy kotła – 6mm, wymagany zakres mocy dla oferowanych kotłów 16kW i 25kW oraz zawiera informacje dot. kotła Hit Pellet 25, które nie były ujęte w Karcie katalogowej I.

Co do kwestii grubości blachy kotła i okoliczności, że dotychczas były oferowane na rynku kotły producenta Heiztechnik typu Hit Pellet wyłącznie o grubości blachy 5mm, nie oznacza to, że parametry te są niezmiennie i nie ewoluują w poszczególnych wersjach urządzenia. Odwołujący przywołał na potwierdzenie swoich tez tylko jedno postępowanie z 2017 roku.

Odnosząc się do zarzutu, iż wykonawca FlexiPower Group przedstawiając zmienioną kartę katalogową, nie przedstawił jednocześnie nowych zaświadczeń i świadectwa, stwierdzić należy, że zarzut ten jest bezpodstawny. Słusznie zamawiający wskazywał, że załączone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego pozostałe dokumenty, tj. zaświadczenia i wyniki badań dotyczyły oferowanych kotłów, przez co fakt załączenia właściwej karty katalogowej nie wiązał się z koniecznością załączenia także zmienionych pozostałych dokumentów. A odwołujący nie wskazywał w odwołaniu okoliczności, które miałyby to potwierdzać.

Co do kwestii, że w karcie katalogowej ujęto różne opcje urządzeń to należy zauważyć, że karta katalogowa jest dokumentem pochodzącym od producenta. Jak słusznie podkreślał zamawiający wykonawca nie ma wpływu na jego treść. Nie oznacza to, że wykonawca oferuje różne warianty urządzeń, a jedynie to, że karta katalogowa opisuje różne warianty urządzeń.

Jeśli w ramach dodatkowych opcji urządzenia jest możliwość jego wyposażenia w palnik ze zgarniaczem szlaku, co było wymaganiem zamawiającego, a który nie występuje w wersji standardowej, to należy uznać, że wykonawca zaoferował urządzenie zgodne z wymaganiami zamawiającego, a opis karty katalogowej potwierdza, że dla oferowanego urządzenia jest to możliwe. Podobna sytuacja ma miejsce jeśli chodzi o wyposażenie kotła w zintegrowany system zabezpieczenia temperatury powrotu, gdzie zapis karty katalogowej wskazywał na taką możliwość.

Co do kwestii, iż w Świadectwie nr OS/391/CUE/17 zostały przedstawione wartości sprawności dla kotłów Hit Pellet 15, 30 i 60, podczas gdy oferowane kotły to Hit Pellet 16 i 25 to Izba podzieliła stanowisko, że Świadectwo to jest właściwe dla wszystkich kotłów we wskazanym typoszeregu Hit Pellet o nominalnych mocach cieplnych od 15kW do 60kW i obejmuje również oferowane typy kotłów.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż oferta wykonawcy FlexiPower Group podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

II. Zarzut nr 2 *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne i bezzasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy FlexiPower Group z uwagi na wprowadzanie przez tego wykonawcę zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji stanowiących elementy oferty, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, by w niniejszej sprawie ziściły się przesłanki wykluczenia z postępowania wobec wykonawcy FlexiPower Group, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosząc ww. zarzut wskazywał, że wykonawca FlexiPower Group podał zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd, co miało istotny wpływ na przebieg postępowania poprzez podanie informacji o tym, że oferowane urządzenia spełniają wymagania SIWZ w zakresie grubości blachy kotła nie mniejszej niż 6 mm oraz sprawności nominalnej powyżej 91%.

Jeśli chodzi o grubość blachy kotła to odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że informacja podana w poprawionej Karcie katalogowej II, a wskazująca na grubość blachy kotła - 6mm jest nieprawdziwa.

Co do kwestii sprawności kotła to w pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający w zakresie wymagań minimalnych wymagał „sprawności nominalnej” - min. 89% i odwołujący nie podnosił, że oferowane urządzenie tego parametru nie spełnia. Odwołujący podnosił, że wykonawca nie mógł deklarować sprawności kotła na poziomie powyżej 91%, ponieważ jak wynika ze Świadectwa nr OS/391/CUE/17, sprawności powyżej 91% zostały osiągnięte jedynie dla mocy nominalnych badanych kotłów (mocy maksymalnych), ale przy mocy obniżonej, tj. 30% kotły te nie osiągają sprawności przekraczającej 91%. Innymi słowy, wykonawca nie powinien deklarować sprawności powyżej 91% dla oferowanych kotłów, gdyż nie osiągają one tej wartości w całym przedziale modulacji mocy, czyli 30-100% mocy nominalnej.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić, gdyż w opisie kryterium „Sprawność kotła” zamawiający podał, iż: *„Jeżeli Wykonawca nie wskaże w formularzu ofertowym sprawności kotła, Zamawiający przyjmie, że oferuje on minimalną sprawność, tj. 89% i przyzna 0 pkt.*

W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę sprawności kotła mniejszej niż 89% Zamawiający ofertę odrzuci.”.

Powyższe oznacza, że zamawiający oferowane wartości sprawności kotła odnosił do wymagania minimalnego, czyli 89%, którą z kolei odnosił do „sprawności nominalnej”.

Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że jednak sprawność kotła na poziomie powyżej 91% winna być utrzymana w całym przedziale modulacji mocy, to nie sposób mówić o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, w sytuacji, gdy okoliczność, iż deklarowana sprawność kotła powyżej 91% nie jest osiągnięta przy mocy minimalnej, wprost wynika z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, tj. ze Świadczenia nr OS/391/CUE/17.

Innymi słowy, odwołujący się nie wykazał, że w niniejszej sprawie ziszczyły się przesłanki opisane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a w szczególności na czym miałyby polegać rzekome wprowadzenie w błąd zamawiającego, w sytuacji, gdy odwołujący wszystkie okoliczności jakie podnosił, wywodził z treści dokumentów złożonych zamawiającemu i mu znanych.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

III. Zarzut nr 3 *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FlexiPower Group, podczas gdy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą doszło do niedopuszczanych negocjacji dot. treści złożonej oferty, gdyż w czasie składania wyjaśnień wykonawca złożył kartę katalogową II, czym zaproponował inne urządzenia niż oferowane pierwotnie.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Zgodnie zaś z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp 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.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że w toku badania i oceny ofert doszło do niedozwolonych negocjacji i nieuprawnionych zmian treści oferty.

Przedłożenia poprawionych dokumentów, potwierdzających spełnianie wymagań opisanych przez zamawiającego w SIWZ w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie sposób utożsamiać ze zmianą treści oferty. Odwołujący nie wykazał, że doszło do zmiany oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, tj. kotła Hit Pellet 16kW i kotła Hit Pellet 25kW. Nie wykazał też, że oferowane kotły są niezgodne z SIWZ.

Wobec powyższego Izba oddaliła ww. zarzut.

IV. Zarzut nr 4 *petitum* odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wybór oferty FlexiPower Group jako najkorzystniejszej w zakresie części II postępowania, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, a sam wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Formułując powyższy zarzut odwołujący wskazał, że naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nastąpiło poprzez wybór oferty FlexiPower Group jako najkorzystniejszej w zakresie części II postępowania, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, a sam wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

Jak już powyżej zostało wskazane, Izba ustaliła, że oferta wykonawcy FlexiPower Group nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jest chybiony.

W tym miejscu należy też zauważyć, że odwołujący w ramach powyższego zarzutu nie podnosił okoliczności dotyczącej błędnie przyznanej punktacji wykonawcy FlexiPower Group (zawyżonej o 20 pkt) z uwagi na deklarowanie sprawności oferowanego kotła powyżej 91% i nie sformułował też żądań z tym związanych. Wprawdzie w treści odwołania odwołujący wskazywał, że zamawiający nie miał podstaw do przyznania dodatkowych punktów w tym zakresie, lecz nie sprecyzował tego w ramach zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który oparł na innych okolicznościach. Ponadto, nie ma nawet żądania skorelowanego z takim zarzutem, tj. żądania obniżenia punktacji oferty przystępującego. Dodatkowo, w uzasadnieniu prawnym odwołania, kwestia sprawności nominalnej kotła pojawia się wyłącznie w kontekście złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, który odwołujący podnosił w związku z pozostałymi zarzutami.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł.

Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Wobec oddalenia odwołania w całości, biorąc pod uwagę powyżej powołane przepisy ustawy nPzp i rozporządzenia, Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: