

WYROK
z dnia 7 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2017 r. przez wykonawcę F. G. Sp. z o. o. Sp. k. w W. Z. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę S. w S.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie S. w S. unieważnienie czynności odrzucenia oferty F. G. Sp. z o. o. Sp. k. w W. Z. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę S. w S. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez F. Group Sp. z o. o. Sp. k. w W. Z. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Gminy S. w S. na rzecz F. G. Sp. z o. o. Sp. k. w W. Z. kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

Zamawiający – Gmina S. w S. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup i montaż zestawów solarnych dla potrzeb przygotowania ciepłej wody użytkowej w budynkach mieszkalnych na terenie gminy S. realizowane w systemie „Zaprojektuj i wybuduj”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 marca 2017 r. pod numerem 2017/S 047-985878. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę F. G. Sp. z o. o. Sp. k. w W. Z. w związku z czym wykonawca wniósł odwołanie 23 maja 2017 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność kolektorów próżniowych Jiangsu Micoe Solar Energy SMG 65 - 15 z normą EN 12975 - 1,2:2006 lub jej europejskim odpowiednikiem (EN 12975 - 1:2006 i EN 12975-2:2006) w zakresie odporności na gradobicie, pomimo faktu, że przedmiotowy kolektor spełnia wymagania tej normy.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego F. G. sp. z o.o. sp.k., w przypadku dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty o nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący żądał również o zasądzenie kosztów obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, zobowiązanie zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie kolektorów słonecznych celem ustalenia czy kolektor Jiangsu Micoe Solar Energy SMG 65-15 jest zgodny z normą EN 12975 - 1,2:2006 lub jej europejskim odpowiednikiem (EN 12975 - 1:2006 i EN 12975 - 2:2006). Wnosił ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 2.2.5. PFU (Załącznik nr 1 do SIWZ) „Wymagania odnośnie materiałów - zestawów solarnych: Kolektory Słoneczne” budowa kolektora musi być zgodna z wymaganiami normy przedmiotowej EN 12975- 1,2:2006 lub jej europejskim odpowiednikiem (EN 12975-1:2006 i EN 12975-2:2006). Energia słoneczna - Słoneczne kolektory grzewcze - Metody badań” PN-EN ISO

9806:2013.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien do oferty dołączyć:

- aktualne zaświadczenie/certyfikat zgodności wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą potwierdzające zgodność oferowanego kolektora słonecznego z normami i parametrami podanymi w Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z pełnym sprawozdaniem z badań wydanym przez niezależną jednostkę badawczą lub
- aktualny europejski certyfikat na znak "SOLAR KEYMARK" nadany przez jednostkę certyfikującą potwierdzający zgodność oferowanego kolektora słonecznego z normami i parametrami podanymi w Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z pełnym sprawozdaniem z badań wydanym przez niezależną akredytowaną jednostkę badawczą.

Zamawiający udzielił wyjaśnień również wyjaśnień SIWZ w trybie art. 38 Pzp, w których wskazał, że przyjmując jako obecny stan techniki normę PN - EN ISO 9806, uznaje także certyfikat Solar Keymark wydany na podstawie sprawozdań z badań przeprowadzonych zgodnie z normą PN-EN 12975-2 z następującymi wyjątkami:

- sprawozdania z badań powinny obejmować testy potwierdzające odporność kolektorów na grad zgodnie z normą PN-EN 12975-2;
- badanie wytrzymałości na obciążenie mechaniczne powinny być przeprowadzone zgodnie z normą PN-EN 12975-2 przy czym z naciskiem dodatnim i ujemnym nie mniejszym niż 2400 Pa - zgodnie ze standardami wyznaczonymi przez normę PN-EN ISO 9806 oraz następującymi zastrzeżeniami:
- w przypadku kolektorów płaskich zarówno certyfikat jak i szczegółowe raporty z badań mają dotyczyć tego modelu kolektora, który zawarty jest w ofercie,
- w przypadku kolektorów próżniowych zarówno certyfikat jak i szczegółowe raporty z badań mogą dotyczyć różnych modeli tego samego typoszeregu kolektorów, tego samego producenta, który zbudowany jest w oparciu o tą samą rurę próżniową (dowód: wyjaśnienia do treści SIWZ z 30 marca 2017 r.).

Odwołujący złożył ofertę, której wskazał kolektor Jiangsu Micoe Solar Energy SMG 65-15, załączył do niej Certyfikat Solar Keymark Certyfikat No. SP SC0867-13 potwierdzający spełnianie przez kolektor oferowany przez odwołującego wymagania określone w EN PN-EN 12975-2 oraz raport z testów wydany przez I. T. S. S. Ltd. Str. 3 tego raportu zawiera podsumowanie wyników testów. Przy teście odporności na uderzenia widnieje ocena zatwierdzony – podobnie jak przy innych testach. Szczegółowy raport z badań zawiera stwierdzenie, że osłona kolektora została złamana, gdy stalowa kulka o masie 150 g spadła z 0,6 m wysokości w 8 próbie czasu.

Zgodnie z pkt 5.10 normy PN-EN 12975-2 pełny cykl badań zakłada 10 prób z wysokości od 0,2 do 2 m (przedział co 0,2 m). Badanie kończy się w momencie uszkodzenia pokrywy kolektora lub osiągnięcia maksymalnej wysokości, chyba że producent ustali inną wysokość.

Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający wskazał, że budowa zaproponowanych kolektorów słonecznych - zgodnie z PFU - powinna być zgodna z wymaganiami

normy przedmiotowej EN 12975 - 1,2:2006 lub jej europejskim odpowiednikiem (EN 12975-1:2006) i EN 12975-2:2006) lub metodą badań PN - EN ISO 9806 : 2013. Zdaniem zamawiającego złożony wraz z ofertą raport z badań zaproponowanych przez odwołującego kolektorów słonecznych, kolektor nie przeszedł badań odporności na gradobicie zgodnie z wymaganiami normy PN - EN 12975 - 2.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie okazało się zasadne.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który był podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dobrze ugruntowana wykładnia tego przepisu wskazuje, że odrzucenie oferty na podstawie powołanej normy może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy wymagania zamawiającego zostały jasno wyrażone w SIWZ (przykładowo wyrok KIO z 18 stycznia 2016 r. KIO 2785/16).

Rozstrzygnięcie sporu wymaga zatem odpowiedzi na pytanie, czy dla zgodności z normą PN-EN 12975-2 wymagane jest przejście przez kolektor badań na gradobicie we wszystkich wysokościach, gdyż SIWZ stanowiła o obowiązku zgodności oferowanego kolektora z tą normą, a zamawiający uznał, że negatywna 8 próba przy wysokości 0,6 m oznacza niezgodność z normą.

Na tak sformułowane pytanie Izba udzieliła odpowiedzi negatywnej. Podzielono pogląd odwołującego, że po myśli normy PN - EN 12975-2 wykonanie badania na gradobicie ma charakter fakultatywny. Zgodnie z normą PN-EN 12975 test wytrzymałości jest opcjonalny, a jego celem nie jest ustalenia zgodności z wymaganiami normy, lecz oszacowanie granic wytrzymałości wpływu gradobicia, które wytrzymać ma kolektor.

Przede wszystkim z treści normy nie wynika, aby badanie to było obowiązkowe. Gdyby było inaczej i pozytywne przejście badania wymagało ukończenia go na maksymalnej wysokości, byłoby to stwierdzone w treści normy, a odwołujący nie mógłby otrzymać certyfikatu. Skoro odwołujący certyfikat otrzymał, to brak jest podstaw do stwierdzenia, że budowa oferowanego przez niego kolektora nie spełnia wymogu zgodności z normą. Gdyby pozytywne przejście całego cyklu badań potwierdzało zgodność z normą, to sam certyfikat zgodności z normą stanowiłby jednocześnie potwierdzenie ukończenia badania w pełnym zakresie i zamawiający nie miałby potrzeby żądania dodatkowo tego dokumentu. Wnioskować zatem należy, że norma opisuje jedynie metodologię badania, a rezultaty tego badania nie mają znaczenia dla oceny zgodności z normą.

Stanowisko to potwierdza stanowisko podmiotu certyfikującego T. R. D. C. złożone przy odpowiedzi na odwołanie. Stanowi ono, że badania dotyczące zgodności z normą DIN 9806 przeprowadzane są od roku 2016, natomiast certyfikaty wydane zgodnie z normą 12975-2 są zgodne z wymaganiami określonymi w tej normie i nie ma potrzeby przeprowadzenia opcjonalnej próby odporności na uderzenia. Wszystkie certyfikaty wydane muszą zostać wydane zgodnie z nowym standardem do roku 2025.

Zamawiający ma prawo żądania świadczenia o najwyższych parametrach jakościowych, w tym również o najwyższej możliwej odporności na gradobicie. Takie wymaganie musi być jednak w sposób jasny i zrozumiały opisane w SIWZ. Jeśli intencją zamawiającego było otrzymanie kolektora w pełnym zakresie zgodnego z nową normą 9806, powinien wskazać w SIWZ w sposób nie budzący wątpliwości. Tymczasem w okolicznościach sporu zamawiający oczekiwał jedynie złożenia pełnego raportu z badań, nie wiążąc z tym raportem żadnego wymagania w zakresie rezultatów badań. Zamawiający poza odwołaniem się w treści PFU do norm nie wskazał na żadne dodatkowe wymagania w zakresie wytrzymałości kolektora na skutki gradobicia. Mógł to uczynić w opisie przedmiotu zamówienia przykładowo wskazując najniższą dopuszczalną wysokość pozytywnej próby lub promując w kryteriach oceny ofert wyższą odporność na uderzenia.

Zamawiający tego nie uczynił, zatem czynność odrzucenia oferty odwołującego została dokonana niezgodnie z ustawą.

Dostrzec też należy, że zamawiający może dokonać sprawdzenia, czy dana oferta spełnia jego opisane wymagania wyłącznie na podstawie oświadczeń i dokumentów wskazanych w SIWZ w SIWZ, o czym stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zatem zamawiający w badanym postępowaniu mógł wyłącznie ocenić zgodność oferty odwołującego z wymaganiami normy przede wszystkim na podstawie certyfikatu, nie był natomiast uprawniony do tego, aby *ex cathedra* kwestionować ważność certyfikatu na podstawie wyników badań.

W ocenie Izby oferta odwołującego spełnia wymagania opisane w SIWZ, która nie stanowiła żadnych wymagań w zakresie wyników badań. Dodatkowo można wskazać, że przyjęcie poglądu zamawiającego zgodnie z którym odwołujący nie wykazał, że producent oferowanego przez niego kolektora nie ograniczył wysokości, z której dokonywana jest próba odporności na uderzenia, zatem powinien osiągnąć pozytywny wynik we wszystkich wymaganych wysokościach przeczy pogładowi, że dla zgodności z normą wymagane jest przejście całego cyklu prób.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez odwołującego z ostrożności dowodu z opinii biegłego, gdyż uznała, że rozstrzygnięcie sporu wymaga przede wszystkim wykładni treści SIWZ, co jest możliwe w świetle dokumentów znajdujących się w aktach sprawy. Przeprowadzenie kolejnego dowodu spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 Pzp).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty

wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: