

**WYROK**  
**z dnia 28 września 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2020 r. przez wykonawcę Semper Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krupskim Młynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Sławatycze

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Sławatycze w zakresie części drugiej zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Semper Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krupskim Młynie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Sławatycze i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Sławatycze na rzecz odwołującego Semper Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krupskim Młynie kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Sławatycze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych, kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie Gminy Sławatycze w ramach projektu „Sławatycze – Gmina z energią” (znak postępowania: Z.271.3.2020). Część 2 zamówienia, której dotyczy postępowanie odwoławcze, obejmuje dostawę i montaż kotłów na biomasę na terenie Gminy Sławatycze. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 062-147436. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 24 lipca 2020 r. wykonawca Semper Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krupskim Młynie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty w części 2 zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie przedłożył określonych w pkt 8.7.3.f) SIWZ zaświadczeń o spełnianiu wymagań dotyczących Eco Design, podczas gdy Odwołujący przedłożył Zamawiającemu:
  - sporządzone przez Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla w Zabrze (dalej jako: Instytut) świadectwo nr 277/2018 potwierdzające spełnianie przez kocioł grzewczy AGAT o mocy cieplnej 15 kW wymogów rozporządzenia Komisji (UE) nr 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125M/E w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe (Dz. Urz. UE L 193 z 21.07.2015 r., dalej jako „Rozporządzenie”) oraz,
  - sporządzone przez Instytut zaświadczenie nr 314/2018 potwierdzające spełnianie przez kocioł grzewczy AGAT o mocy cieplnej 15 kW wymagań określonych normą PN-EN 3035:2012 oraz
  - sporządzone przez Instytut sprawozdanie z badania energetyczno-emisyjnego wg normy PN-EN 303-5:2012 dla kotłów AGAT o mocy cieplnej 10 kW i 20 kW oraz
  - sporządzone przez Instytut sprawozdanie z badania energetyczno-emisyjnego wg normy PN-EN 303-5:2012 dla kotłów AGAT o mocy cieplnej 20 kW i 40 kW oraz porównanie uzyskanych parametrów z kryteriami Rozporządzenia,
  - sporządzone przez producenta zaświadczenia o spełnianiu przez kotły AGAT o mocy

cieplnej 25 kW i 35 kW wymagań EcoDesign oraz normy PN-EN 303-5:2012,

- sporządzoną przez producenta deklarację zgodności kotłów AGAT o mocy cieplnej 15 kW, 25 kW i 35 kW z unijnymi aktami prawnymi oraz z normami technicznymi, m.in. PNEN-303-5:2012;

zgodnie bowiem z pkt. 5.1.4. wytycznych EN 303-5:2012: „W przypadku kotłów grzewczych jednego typoszeregu o takiej samej konstrukcji, w którym stosunek nominalnej mocy cieplnej kotła największego do mocy cieplnej kotła najmniejszego jest mniejszy lub równy 2:1, wystarczy wykonać badania najmniejszego i największego kotła.”

należy zatem uznać, że:

- skoro zgodnie z wytycznymi EN 303-5:2012 dla kotłów, których moc cieplna kotła najwyższego w stosunku do najmniejszego jest w stosunku mniejszym lub równym 2:1,
- a Odwołujący przedłożył: (1) świadectwa potwierdzające spełnianie przez kocioł grzewczy AGAT o mocy cieplnej 15 kW norm Rozporządzenia oraz wytycznych PNEN-303-5:2012, (2) sprawozdania z badań potwierdzających spełnianie przez kotły AGAT o mocy cieplnej 10 kW, 20 kW i 40 kW norm PN-EN 303-5:2012 i norm EcoDesign, (3) zaświadczenie producenta kotłów o spełnieniu przez kotły AGAT o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW wymagań EcoDesign oraz normy PN-EN 303-5:2012, (4) deklarację producenta kotłów o zgodności kotłów AGAT o mocy cieplnej 15 kW, 25 kW i 35 kW z unijnymi aktami prawnymi oraz z normami technicznymi, m.in. PN-EN303-5:2012,
- i zgodnie z opinią Komisji Europejskiej: „Zważywszy na fakt, że właściwe normy, w szczególności EN 303-5:2012 nie są uznawane za normy zharmonizowane, Rozporządzenie musi być stosowane w połączeniu z Komunikatem Komisji w ramach wykonania rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2015/1187 uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE w odniesieniu do etykiet efektywności energetycznej dla kotłów na paliwo stałe i zestawów zawierających kocioł na paliwo stałe, ogrzewacze dodatkowe, regulatory temperatury i urządzenia słoneczne (2017/C 076/01). Ten Komunikat Komisji odwołuje się do niezharmonizowanej normy Europejskiej EN 303-5:2012 w zakresie warunków ogólnych dla badań kotłów. Omawia badania stopniowe w sekcji 5.1.4. W opinii Komisji badania stopniowe 2:1 mogą być stosowane dla serii kotłów opartych o identyczną konstrukcję pod względem pracy i spalania, ponieważ Komunikat Komisji odnosi się do normy EN 303-5:2012 i ponieważ badania stopniowa nie są sprzeczne z Rozporządzeniem”,

to zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami w tym zakresie i powyższymi normami. kotły AGAT o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW, spełniają określone wcześniej proporcje i tym zakresie wystarczą zaświadczenia producenta; Zamawiający nie uwzględnił treści powszechnie obowiązujących przepisów prawa w zakresie zasad

przeprowadzania badań dla kotłów grzewczych, co miało istotny wpływ na wynik postępowania;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, na skutek - zdaniem Zamawiającego - niezastosowania się przez Odwołującego do wezwania z 18 maja 2020 r.; w wezwaniu z 18 maja 2020 r. Zamawiający, powołując się na pkt 8.7.3. lit. f) SIWZ, żądał od Odwołującego przedłożenia zaświadczenia o spełnieniu wymogów Eco Design dla kotłów 15, 25, 35 kW „wydanego przez jednostkę przeprowadzającą badania, na podstawie których stwierdza się zgodność z EcoDesign”, podczas gdy pkt 8.7.3. lit. f) SIWZ wymaga przedłożenia „zaświadczenia o spełnieniu wymagań Eco Design” - bez wymogów co do wystawienia go przez konkretną jednostkę; przez powyższe zachowania Zamawiający zażądał od Odwołującego spełnienia wymagań innych, niż sam Zamawiający określił w SIWZ; w istocie Odwołujący przedłożył Zamawiającemu zaświadczenia o spełnieniu wymogów Eco Design sporządzone przez producenta, jednakże pomimo to Zamawiający, wbrew pkt 8.7.3. lit. f) SIWZ, zażądał by zaświadczenie pochodziło od konkretnego podmiotu;
3. § 3 ust. 1 w zw. z pkt 1 i 2 załącznika do rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe (Dz. U. 2017 poz. 1690 z późn. zm.) poprzez nieuwzględnienie, że potwierdzanie spełniania granicznych wartości emisji oraz granicznych wartości sprawności cieplnej kotłów na paliwo stałe o znamionowej mocy cieplnej nie większej niż 500 kW dokonywane jest przy uwzględnieniu normy przenoszącej normę europejską EN 303-5; wskazać należy, że Zamawiający nigdy nie kwestionował spełniania przez będące przedmiotem postępowania kotły AGAT o mocy cieplnej 15 kW, 25 kW i 35 kW norm EN 303-5 i w tym zakresie dał wiarę przedłożonym przez Odwołującego zaświadczeniom, świadectwom, sprawozdaniom z badań i deklaracjom, jednocześnie cały czas domagając się przedłożenia przez Odwołującego zaświadczeń z badań potwierdzających zgodność z EcoDesign dla kotłów AGAT o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW, podczas gdy powszechnie obowiązujące przepisy prawa wskazują wprost, że potwierdzenie spełniania przez powyższe kotły granicznych wartości emisji oraz granicznych wartości sprawności cieplnej powinno zostać potwierdzone przy uwzględnieniu normy 303-5; należy zatem uznać, że Zamawiający wymaga od Odwołującego spełnienia wymogów innych niż wymagają tego powszechnie obowiązujące przepisy prawa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zwrot kosztów postępowania.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wyjaśnił, iż wymagania Eco Design, o których mowa w pkt 8.7.3.f) SIWZ określa Rozporządzenie Komisji (UE) nr 2015/1189 z dnia 28

kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125M/E w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe, którego załącznik nr II zawiera dopuszczalne wartości emisyjne od 1 stycznia 2020 r. Wskazał także na opinię Komisji Europejskiej, zgodnie z którą: „Zważywszy na fakt, że właściwe normy, w szczególności EN 303-5:2012 nie są uznawane za normy zharmonizowane, Rozporządzenie musi być stosowane w połączeniu z Komunikatem Komisji w ramach wykonania rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2015/1187 uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/30/UE w odniesieniu do etykiet efektywności energetycznej dla kotłów na paliwo stałe i zestawów zawierających kocioł na paliwo stałe, ogrzewacze dodatkowe, regulatory temperatury i urządzenia słoneczne (2017/C 076/01). Ten Komunikat Komisji odwołuje się do niezharmonizowanej normy Europejskiej EN 3035:2012 w zakresie warunków ogólnych dla badań kotłów. Omawia badania stopniowe w sekcji 5.1.4. W opinii Komisji badania stopniowe 2:1 mogą być stosowane dla serii kotłów opartych o identyczną konstrukcję pod względem pracy i spalania, ponieważ Komunikat Komisji odnosi się do normy EN 303-5:2012 i ponieważ badania stopniowa nie są sprzeczne z Rozporządzeniem. W badaniach stopniowych najmniejszy kocioł, tj.. kocioł o najmniejszym znamionowym poziomie ciepła produkowanego musi być zawsze badany. Należy zawsze rozpoczynać badania od dołu i postępować w górę. Ponadto, jeśli najmniejszy i największy kocioł mają stosunek mocy wyjściowej wyższy niż 2:1, należy przeprowadzić większą liczbę badań w celu upewnienia się, iż stosunek najmniejszego do największego z badanych kotłów nigdy nie przekracza 2:1. Odwołujący wskazał, iż jako przykład Komisja podaje: „(...) jeśli najmniejszy kocioł ma moc wyjściową 15 kW, a największy ma 500 kW, kolejny zbadany kocioł powinien mieć moc 30 kW, następnie 60 kW i tak dalej. Klasyfikacje emisji i wydajności energetycznej deklarowane przez producenta są następnie określane przez interpolację liniową wyników badanych kotłów.”

Zdaniem Odwołującego kluczowy wpływ na treść decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego miało nieuwzględnienie pkt 5.1.4. wytycznych EN 303-5:2012, który stanowi: „W przypadku kotłów grzewczych jednego typoszeregu o takiej samej konstrukcji, w którym stosunek nominalnej mocy cieplnej kotła największego do mocy cieplnej kotła najmniejszego jest mniejszy lub równy 2:1, wystarczy wykonać badania najmniejszego i największego kotła.” Analizując powyższe wytyczne, w ocenie Odwołującego, nie jest konieczne wykonanie opisanych powyżej badań zgodności z EcoDesign, jeśli zachowane są powyższe proporcje oraz, co za tym idzie, nie jest konieczne przedkładanie zaświadczeń z tego badania sporządzonego przez konkretną jednostkę badającą i w tym zakresie wystarczy zaświadczenie o zgodności z EcoDesign pochodzące od producenta. Odwołujący wskazał, iż przedłożył Zamawiającemu sporządzone przez Instytut świadectwa,

zaświadczenia i sprawozdania z badań, które wykazują m.in., że: kocioł AGAT o mocy cieplnej 15 kW spełnia wymogi Rozporządzenia (EcoDesign) oraz normy PN-EN 303-5:2012, – kotły AGAT o mocy cieplnej 10 kW i 20 kW spełniają normy PN-EN 303-5:2012 oraz że kotły AGAT o mocy cieplnej 20 kW i 40 kW spełniają wymogi PN-EN 303-5:2012 i Rozporządzenia (EcoDesign). Biorąc pod uwagę powyższe, pamiętając o wskazanej w wytycznej proporcji, w ocenie Odwołującego należy uznać, że skoro kocioł grzewczy o mocy cieplnej 20 kW spełnia wymogi Rozporządzenia (EcoDesign), to nie ma konieczności przeprowadzania badań zgodności emisji dla kotłów grzewczych AGAT o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW, gdyż mieszczą się one we wskazanej w wytycznych proporcji. Przeprowadzenie takich badań byłoby konieczne, gdyby którykolwiek z kotłów AGAT będących przedmiotem postępowania miał moc cieplną większą lub równą 40 kW. Odwołujący podniósł także, iż dysponuje świadectwem nr 31/2019 oraz zaświadczeniem nr 35/2019, świadectwem nr 79/2019 oraz zaświadczeniem nr 81/2019, które potwierdzają spełnianie przez kotły AGAT o mocy cieplnej 20 kW i 40 kW wymogów Rozporządzenia (EcoDesign) oraz wytycznych normy PN-EN 303-5:2012. Odwołujący wyjaśnił, iż mając na uwadze brak wymogu przeprowadzenia badań o zgodności z EcoDesign przez konkretną jednostkę, Odwołujący w zakresie kotłów grzewczych AGAT o mocy cieplnej 25kW i 35kW złożył sporządzone przez producenta zaświadczenia o spełnianiu przez powyższe kotły wymagać EcoDesign i normy PN-EN-303-5:2012 oraz potwierdzającą powyższe okoliczności deklarację producenta. W jego ocenie nie jest konieczne przeprowadzanie badania dla kotła AGAT o mocy cieplnej 25kW i 35kW, gdyż te kotły spełniają wskazywane proporcje.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, iż w pkt 8.7.3. lit. f) SIWZ Zamawiający nie określił, że zaświadczenie o spełnieniu wymagań Eco Design musi zostać sporządzone przez jednostkę przeprowadzającą badania, na podstawie których stwierdza się zgodność z Eco Design. Pomimo tego, w wezwaniu z 18 maja 2020 r. Zamawiający zażądał, by. przedłożone zaświadczenie zostało sporządzone przez jednostkę prowadzącą badania w tym zakresie. A zatem, wobec braku obowiązku przeprowadzenia badań w zakresie zgodności z EcoDesign dla kotłów AGAT o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW (co szczegółowo wyjaśniono w uzasadnieniu do zarzutu nr 1), Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zaświadczenia o zgodności kotłów AGAT o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW z EcoDesign sporządzone przez producenta. Pomimo, że SIWZ nie wymaga, by zaświadczenie było udane przez konkretny podmiot, Zamawiający wezwał Odwołującego, by przedłożone zaświadczenie było sporządzone przez określony podmiot, wbrew pkt 8.7.31 lit. f) SIWZ. Zdaniem Odwołującego powyższe naruszenie, wraz z naruszeniem wskazanym w pkt 1 petitum, miało istotny wpływ na odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający nie uwzględnił faktu, że obecnie nie istnieje prawny obowiązek przeprowadzenia badań emisyjnych dla kotłów AGAT

o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW, skoro Odwołujący przedłożył wyniki badań potwierdzających zgodność kotła AGAT o mocy cieplnej 20 kW z EcoDesign, zaś w wezwaniu z 18 maja 2020 r. Zamawiający zażądał przedłożenia dokumentów, o których milczy przytoczony przez Zamawiającego punkt SIWZ, nie przyjmując tym samym zaświadczeń wydanych przez producenta.

Uzasadniając zarzut nr 3 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie uwzględnił, że potwierdzanie spełniania granicznych wartości emisji oraz granicznych wartości sprawności cieplnej kotłów na paliwo stałe o znamionowej mocy cieplnej nie większej niż 500 kW dokonywane jest przy uwzględnieniu normy przenoszącej normę europejską EN 303-5 (a nie - jak domaga się tego Zamawiający - norm EcoDesign). Jak bowiem wskazuje § 3 ust. 1 Rozporządzenia, wymagania dla kotłów w zakresie granicznych wartości emisji oraz granicznych wartości sprawności cieplnej określa załącznik do rozporządzenia. Zgodnie natomiast z pkt 1 i 2 załącznika, potwierdzanie spełniania granicznych wartości emisji oraz granicznych wartości sprawności cieplnej kotłów na paliwo stałe o znamionowej mocy cieplnej nie większej niż 500 kW dokonywane jest przy uwzględnieniu normy przenoszącej normę europejską EN 303-5. Zdaniem Odwołującego, skoro Odwołujący przedłożył Zamawiającemu zaświadczenia, świadectwa, sprawozdania z badań i deklaracje, które potwierdzały - czemu Zamawiający nie zaprzeczył - spełnianie przez kotły AGAT o mocy cieplnej 15 kW, 25 kW i 35 kW norm EN 303-5, to w obliczu treści przytoczonych powyżej przepisów nie powinien był domagać się przedłożenia zaświadczeń z badań potwierdzających zgodność z EcoDesign dla kotłów AGAT o mocy cieplnej 25 kW i 35 kW. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wymaga od Odwołującego spełnienia wymogów innych niż wymagają tego powszechnie obowiązujące przepisy prawa.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta została odrzucona, a która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w części drugiej zamówienia, wykazał interes w uzyskaniu tego 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. 179 ust. 1 ustawy Pzp.



Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego, oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku postępowania na wezwania z art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 15 lipca 2020 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 września 2020 roku. Izba dopuściła także dowody z dokumentów załączonych do odwołania pochodzących spoza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (opinia komisarza Komisji Europejskiej z 22 maja 2019 r. wraz z tłumaczeniem, treść wytycznych EN 303-5:2012 w zakresie przeprowadzania badań emisji kotłów grzewczych, świadectwa nr 31/2019 i nr 79/2019, zaświadczenia nr 35/2019 i nr 81/2019) oraz wydruku z rejestru przedsiębiorców KRS złożonego przez Zamawiającego na rozprawie.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Sławatycze. Zamówienie zostało podzielone na trzy części. Przedmiotem części 2 zamówienia jest dostawa i montaż kotłów na biomasę na terenie Gminy Sławatycze (por. pkt 4.2.2. SIWZ). Obejmowała ona m.in. dostawę i montaż 13 kotłów na biomasę, w tym 4 kotły o mocy nominalnej min. 15kW, 6 kotłów o mocy nominalnej min. 25 kW oraz 3 kotły o mocy nominalnej min. 35 kW.

Zgodnie z pkt 8.7.3 lit. f) SIWZ Zamawiający wymagał złożenia na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie części 2 zamówienia zaświadczenia o spełnieniu wymagań dotyczących EcoDesign.

Odwołujący złożył ofertę na realizację części 2 zamówienia, oferując dostawę kotłów na biomasę AGAT o mocach 15kW, 25 kW i 35kW producenta Zakłady Górniczo - Metalowe „Zębiec” w Zębcu Spółka Akcyjna. Na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (dot. m.in. złożenia zaświadczenia o spełnieniu wymagań dotyczących EcoDesign) Odwołujący złożył w szczególności:

1. sporządzone przez Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla w Zabrzu sprawozdanie z badania energetyczno-emisyjnego wg normy PN-EN 303-5:2012 (pkt 5.7-5.10) dla kotłów zasilanych pelletami drzewnymi typu AGAT o mocach 10 kW i 20 kW;
2. sporządzone przez Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla w Zabrzu świadectwo nr 277/2018 potwierdzające spełnianie przez kocioł typu AGAT o mocy 15 kW kryteriów

zawartych w rozporządzeniu Komisji (UE) nr 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe;

3. sporządzone przez Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla w Zabrzu zaświadczenie nr 314/2018 potwierdzające spełnianie przez kocioł typu AGAT o mocy 15 kW kryteriów sprawności cieplnej i wymagań w zakresie emisji według normy PN-EN 30305:2012 w klasie 5;
4. sporządzone przez Instytut Chemicznej Przeróbki Węgla w Zabrzu sprawozdanie z badania energetyczno-emisyjnego wg normy PN-EN 303-5:2012 (pkt 5.7-5.10) dla kotłów typu AGAT o mocy cieplnej 20 kW i 40 kW opalanych peluletem drzewnym;
5. sporządzone przez producenta zaświadczenia o spełnianiu przez kotły typu AGAT o mocy cieplnej 25 kW kryteriów sprawności cieplnej i wymagań w zakresie emisji według dyrektywy UE 2015/1189 EcoDesign oraz według normy PN-EN 303-5:2012,
6. sporządzone przez producenta zaświadczenia o spełnianiu przez kotły typu AGAT o mocy cieplnej 35 kW kryteriów sprawności cieplnej i wymagań w zakresie emisji według dyrektywy UE 2015/1189 EcoDesign oraz według normy PN-EN 303-5:2012,
7. sporządzoną przez producenta deklarację zgodności WE nr 70/20 dla kotłów typu AGAT o mocach 15 kW, 25 kW i 35 kW m.in. z normą PN-EN 303-5:2012.

W dniu 18 maja 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia zaświadczenia o spełnieniu EcoDesign dla kotłów 15, 25 i 35 kW wydanego przez jednostkę przeprowadzającą badania, na podstawie których stwierdza się zgodność z EcoDesign. Uzasadniając powyższe Zamawiający powołał się na pkt 8.7.3. lit. f) SIWZ, wskazując, że wykonawca zobowiązany był złożyć zaświadczenie o spełnieniu wymagań dotyczących EcoDesign i nie przedstawił ww. dokumentu. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący złożył wyjaśnienie producenta oferowanych kotłów (pismo producenta z dnia 23 czerwca 2020 r.), w którym wskazano, iż badano jednostki o mocach grzewczych 10, 15, 20, 40 kW i dla tych mocy producent posiada zarówno świadectwo, jak i sprawozdania z badań z jednostki certyfikującej PCA. Natomiast dla innych mocy grzewczych z badania typoszeregu (25 kW, 35kW) parametry cieplno-emisyjne wyznaczono przez interpolację liniową w zależności od nominalnej mocy cieplnej, spełniające wymagania normy PN EN 303-5:2012 według punktu 5.1.4 „Badania typu”.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2020 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe wskazał, iż Odwołujący nie przedłożył na wezwanie skierowane z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaświadczeń o spełnieniu EcoDesign dla kotłów 25 i 35 kW. Wykonawca pomimo wezwania do uzupełnienia tych dokumentów nie dokonał ich uzupełnienia, a jedynie złożył wyjaśnienia. Zamawiający wskazał,

iż wykonawca powinien złożyć wymagany w SIWZ dokument. Zaakceptowanie sytuacji, w której tego dokumentu wykonawca nie złożył byłoby naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nierównym traktowaniem wykonawców, którzy takiego zaświadczenia nie posiadając nie złożyli oferty licząc się z jej odrzuceniem. Niezłożenie dokumentu potwierdzającego, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego pomimo wezwania do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 21 lipca 2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, za którą uznał ofertę wykonawcy Ekologika Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszycy.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Izby dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia nie daje podstaw do uznania, że pomiędzy ofertą Odwołującego a treścią SIWZ miałyby zachodzić niezgodność.

Wskazać należy, że Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, które to uzasadnienie staje się następnie podstawą dla zarzutów i argumentów podnoszonych w odwołaniu. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, którą Zamawiający uzasadniał zaniechaniem złożenia przez Odwołującego na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zaświadczeń o spełnieniu wymagań dotyczących Eco Design dla oferowanych kotłów AGAT o mocy 25kW i 35kW. Zamawiający w informacji o odrzuceniu podniósł, iż pomimo wezwania do uzupełnienia tych dokumentów Odwołujący nie dokonał ich uzupełnienia, a jedynie złożył wyjaśnienia. W ocenie Zamawiającego wykonawca powinien złożyć wymagany w SIWZ dokument.

Jakkolwiek należy zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że obowiązkiem wykonawców jest złożenie wymienionych w SIWZ dokumentów celem potwierdzenia, że oferowany produkt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, a brak ich złożenia może stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to należy podkreślić, że nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ brak złożenia dokumentów, których Zamawiający w świetle SIWZ nie wymagał.

Powyższa okoliczność ma kluczowe znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu. Zauważyć trzeba, że zgodnie z pkt 8.7.3 lit. f) SIWZ Zamawiający wymagał złożenia „zaświadczenia o spełnieniu wymagań dotyczących EcoDesign”. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał, że mają to być zaświadczenia wydane przez jednostkę przeprowadzającą badania, na podstawie których stwierdza się zgodność z EcoDesign, a zaświadczenia wystawione przez producenta kotłów nie będą akceptowane. Zawarte w treści wezwania z dnia 18 maja 2020 r. żądanie złożenia zaświadczeń o spełnieniu wymagań Eco Design dla oferowanych kotłów wydanych przez jednostkę przeprowadzającą badania – w świetle literalnego brzmienia pkt 8.7.3 lit. f) SIWZ - stanowiło niewątpliwie jego zawężającą interpretację. Izba wskazuje, że ukształtowana w postępowaniu treść SIWZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego. Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień SIWZ i odstępować od ustanowionych wymogów (w tym ich zawężać czy rozszerzać), prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ oraz dokonywanie badania i oceny ofert z pominięciem wymagań narzuconych treścią SIWZ czy też z uwzględnieniem wymagań z treści SIWZ jednoznacznie nie wynikających albo bardziej rygorystycznych niż pierwotnie ustalone.

Dlatego też Izba podzieliła argumentację Odwołującego, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę z powodu braku złożenia dokumentów, których obowiązek złożenia nie wynikał z SIWZ. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego została oparta wyłącznie o fakt, że na wezwanie z dnia 18 maja 2020 r. nie złożono dokumentów, których domagał się Zamawiający, podczas gdy Zamawiający pominął okoliczność, że nie doprecyzował w treści SIWZ kwestii podmiotu, od którego pochodzić mają wymagane zaświadczenia, a jego żądanie wyartykułowane w wezwaniu wykraczało poza literalne brzmienie pkt 8.7.3 lit. f) SIWZ.

Izba miała także na względzie, iż ani w treści wezwania wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do Odwołującego, ani w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, ani na rozprawie, Zamawiający nie powołał się na żadne postanowienia SIWZ, które referowałyby do kwestii podmiotu mającego wystawić wymagane zaświadczenia. Zamawiający nie przedstawił także żadnej argumentacji mającej wyjaśnić, dlaczego w świetle treści SIWZ, specyfiki zamówienia czy profesjonalnego charakteru działalności podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wymóg wynikający z pkt 8.7.3 lit. f) SIWZ należy interpretować właśnie w ten sposób, jak czynił to Zamawiający, tj. jako konieczność złożenia zaświadczenia pochodzącego od jednostki przeprowadzającej badania. W ocenie Izby, w świetle brzmienia pkt 8.7.3 lit. f) SIWZ, nie sposób uznać, aby złożone przez

Odwołującego zaświadczenia producenta kotłów AGAT 25kW i 35kW potwierdzające spełnienie wymagań dotyczących EcoDesign, nie mogły być uznane za zaświadczenia, o których mowa w tym punkcie SIWZ. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji mającej świadczyć o okoliczności przeciwnej.

Ponadto Zamawiający w ogóle nie odniósł się merytorycznie do bardzo szczegółowej argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w treści odwołania, wyjaśniającej dlaczego w przypadku kotłów AGAT o mocy 25kW i 35kW nie było konieczne przeprowadzenie odrębnych badań, a wystarczające było ich sklasyfikowanie w oparciu o interpolację liniową badanych kotłów o odpowiednio mniejszej i większej mocy (w tym wypadku kotły AGAT o mocy 20kW i 40kW). Argumentację Odwołującego Izba uznała za logiczną i spójną, jak również znajdującą oparcie w przywołanych w odwołaniu przepisach, normach oraz komunikacie Komisji Europejskiej. W świetle braku jakiegokolwiek inicjatywy ze strony Zamawiającego, która zmierzałaby do podważenia prezentowanego w odwołaniu stanowiska, nie było podstaw do odmówienia wiarygodności podnoszonym przez Odwołującego twierdzeniom. Zamawiający nie wyjaśnił także dlaczego nie uznał za zasadne wyjaśnień producenta kotłów przedstawionych przez Odwołującego na wezwanie, z których jasno wynikało dlaczego dla kotłów o mocy 25kW i 35kW przeprowadzenie odrębnych badań nie było konieczne, wobec czego producent nie posiada świadectwa jednostki certyfikującej, posiada jednak takie świadectwa dla kotłów o mocy 20kW i 40kW. Wyjaśnienia producenta były spójne ze złożonymi w toku postępowania przez Odwołującego zaświadczeniami producenta o spełnieniu przez kotły o mocy 25kW i 35W wymagań EcoDesign, w których zawarto adnotacje iż „zaświadczenia te wydano w oparciu o uzyskane dane z dnia 4 marca 2019 r. dotyczące kotła AGAT 20 (nr 31/2019) oraz dane z dnia 4 czerwca 2019 r. dotyczące kotła AGAT 40 (nr 79/2019) przez ICHPW Zabrze.” Niezrozumiałe w ocenie Izby jest powoływanie się przez Zamawiającego na rozprawie, że na etapie wyjaśnień nie otrzymał od Odwołującego wystarczających informacji. Zdaniem składu orzekającego przekazane przez Odwołującego informacje oraz dokumenty, w świetle postanowień SIWZ, były w pełni wystraszające, aby ocenić zgodność oferty Odwołującego z wymaganiami EcoDesign. Zamawiający na żadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia ani w postępowaniu odwoławczym nie wytłumaczył dlaczego nie zaakceptował wyjaśnień Odwołującego, nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji, która kwestionowałaby powyższe okoliczności.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego już na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zaświadczenia wystawione przez producenta kotłów, potwierdzające spełnienie przez kotły AGAT o mocy 25W i 35kW wymagań Eco Design, były prawidłowe w świetle postanowień pkt 8.7.3 lit. f) SIWZ. Ponadto postępowanie odwoławcze (w świetle braku jakichkolwiek przeciwdowodów) potwierdziło, że w oparciu o obowiązujące przepisy, normy oraz wytyczne

branżowe, producent kotłów o ww. mocach nie musiał posiadać dla nich odrębnych badań. Odwołujący złożył także jako dowód w postępowaniu odwoławczym wystawione przez certyfikowaną jednostkę badawczą świadectwa dla kotłów AGAT o mocy 20kW i 40kW, tj. dla kotłów o odpowiednio mniejszej i większej mocy, potwierdzające spełnienie przez te kotły wymagań EcoDesign. Okoliczność, że kotły AGAT o mocy 25W i 35kW także wymagania EcoDesign spełniają nie była w ogóle przez Zamawiającego kwestionowana, trudno zatem uznać, aby oferta Odwołującego miała być materialnie niezgodna z SIWZ. Z kolei prezentowana na rozprawie przez Zamawiającego argumentacja odnosząca się do wystawienia przez producenta zaświadczenia dla kotła typu AGAT o mocy 35kW niezgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS nie stanowiła podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, a tylko wskazane w uzasadnieniu odrzucenia podstawy podlegają ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Kwestia wadliwej reprezentacji producenta nie była zakomunikowana Odwołującemu w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia w ogóle nie odnosił się do złożonych przez Odwołującego zaświadczeń producenta kotłów. Niemniej podkreślenia wymaga, że sam fakt, iż na złożonym dla kotła AGAT o mocy 35kW zaświadczeniu widnieje podpis tylko jednego Członka Zarządu oraz Koordynatora ds. Konstrukcji i Wdrożeń Kotłów, a umocowanie ww. osób nie wynika bezpośrednio z KRS, w żaden sposób nie przesądza o tym, że osoby, które podpisały się na zaświadczeniu, nie były do tego prawidłowo przez producenta kotłów umocowane.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała czynność odrzucenia oferty Odwołującego za dokonaną z uchybieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a odwołanie za zasadne. Natomiast kwestia oceny ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe (zarzut nr 3) nie leży w kognicji Izby, jako organu właściwego do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego rolą jest weryfikacja zgodności działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, aktami wykonawczymi do tej ustawy, jak i przepisami Kodeksu cywilnego, które stosuje się w zakresie określonym w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp (por. art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądzać od Zamawiającego na rzecz

Odwołującego kwotę 15 000 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....