

WYROK
z dnia 20 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Baligród**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Gminę Baligród, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjno - Handlowe OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego: Gminy Baligród na rzecz wykonawcy: Przedsiębiorstwa Usługowo - Produkcyjno - Handlowego OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Baligród (dalej „zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pod nazwą: „Budowa kotłowni opalanej zrębką w budynku Przedszkola wraz z budową ciepłociągu”, numer sprawy: IV.271.1.2021, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00055052/01.

W dniu 6 grudnia 2021 r. wykonawca: Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjno - Handlowe OTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach (dalej: „odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 16 ust. 1 oraz art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i przywrócenia jej do postępowania oraz dokonanie wyboru na realizację zamówienia oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając powyższe odwołujący wskazał, że pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty w niniejszym postępowaniu. Z treści przedmiotowego pisma wynika, że zamawiający stwierdził, iż po wyjaśnieniach treści oferty, jakie złożył odwołujący w dniu 9 listopada 2021 r., jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), a charakter tej niezgodności wyklucza zastosowanie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp i powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Odwołujący podkreślił, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz odrzucenia oferty złożył, na wezwanie zamawiającego, wszelkie możliwe wyjaśnienia, z których jasno wynikał brak podstaw do czynności podjętych przez zamawiającego w piśmie z dnia 1 grudnia 2021 r.

Zamawiający już raz został zobligowany wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2457/21 wykonać czynności, których zaniechał i odrzucił ofertę odwołującego, po raz pierwszy, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Działając zgodnie z ww. wyrokiem zamawiający wezwał odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, na które to wezwanie w dniu 29 października 2021 r. otrzymał odpowiedź wraz z załącznikiem, jakim było sprawozdanie akredytowanej jednostki badawczo - kontrolującej z badań kotła Turbomat TM250. Miało to na celu potwierdzenie spełnienia warunku SWZ, pkt 14 F ppkt 3 który to, zdaniem zamawiającego, był przez odwołującego niedotrzymany i które to czynności zamawiającego ww. wyrok KIO zakwestionował i uznał je jako niezgodne z ustawą Pzp. Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią przedmiotowego środka dowodowego spełniającego zapisy SWZ, wystosował do odwołującego w dniu 5 listopada 2021 r. żądanie wyjaśnień treści oferty. Wynikało z niego, iż zamawiający ponownie bada treść oferty, już nie tylko pod kątem samego sprawdzenia zgodności jej treści z wcześniej kwestionowanym przy pierwotnym odrzuceniu oferty zagadnieniu (potwierdzenie spełnienia warunku SWZ pkt 14 F ppkt 3), ale także innych parametrów, nie opisanych w SWZ, pod kątem równoważności czy też ewentualnego odrzucenia oferty w przypadku braku ich spełniania.

W dniu 9 listopada 2021 r. odwołujący udzielił zamawiającemu szczegółowych i wyczerpujących odpowiedzi na wezwanie, w których to jego zdaniem były rozwiane wszelkie wątpliwości zamawiającego co do kwestii przedstawionych w wezwaniu, a związane z oferowanym urządzeniem tj. kotłem typu Turbomat TM250. Odwołujący w tym miejscu podkreślił, iż od początku trwania postępowania przetargowego, złożył zamawiającemu korzystną ofertę, zgodną z zapisami SWZ. Zamawiający w sposób naruszający uczciwe traktowanie i subiektywnie próbuje podważyć treść oferty i znaleźć niezgodności jej treści z zapisami SWZ. Mając na uwadze, iż to zamawiający opisał w SWZ przedmiot zamówienia i kryteria oceny ofert (wraz z późniejszymi odpowiedziami na pytania wykonawców), to na nim ciążył zatem obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia i wskazanie rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb zamawiającego w zakresie jego przedmiotu.

Odwołujący wskazał, że SWZ w przedmiotowym postępowaniu zakłada dwa przypadki odrzucenia oferty wykonawcy tj. (1) w przypadku jej wykluczenia; (2) w przypadku zaoferowania terminu gwarancji poniżej 60 miesięcy (pkt 19 ust. 3 ppkt.5, str. 25 SWZ).

Z kolei SWZ opisuje w swojej treści równoważność oferowanych urządzeń, odnosząc się tylko i wyłącznie do rusztu schodkowego kotła - pkt 5, str. 5 SWZ i spełnienia przez niego wyszczególnionych w treści SWZ wymagań, jakie zamawiający uzna za równoważne. Nigdzie natomiast w treści SWZ nie ma opisanych innych wymagań równoważności urządzenia. Jest jedynie opis pewnych parametrów jakie ma urządzenie spełniać - pkt 5 strona 3 tj. wilgotność względna zrębka W_{max} 40%, moc 2x250 kW +0,5% (po wyjaśnieniach), temperatura dopuszczalna zasilania 95 st. C.

Zamawiający w SWZ zawarł kryteria oceny ofert - pkt 19 ust. 1 (str. 23) oraz wzory i sposoby obliczania punktowego ustalonych kryteriów - pkt 5 ust. 3 (str. 24). W ppkt. 2 i 3 ustalono punktację za sprawność nominalną oraz minimalną kotła (co zostało zmienione wyjaśnieniami do SWZ - pytanie i odpowiedź nr 4 jako sprawność przy pełnym obciążeniu i sprawność przy częściowym obciążeniu. Zamawiający nie zawarł w treści SWZ zapisu o odrzuceniu oferty, której kocioł będzie posiadał którąkolwiek z ww. sprawności poniżej 92,5%, tak jak to zrobił w przypadku kryterium gwarancja (str. 25 - w przypadku poniżej 60 miesięcy - odrzucenie oferty). Zamawiający zdecydował się na punktowanie sprawności według opisanych przez siebie kryteriów. Określono w SWZ, iż za sprawność kotła (przy pełnym oraz przy częściowym obciążeniu) na poziomie 0-93,4% będzie przyznanych 0 pkt. Nie zawarł w żadnym miejscu SWZ warunku, że poniżej sprawności 92,5% będzie odrzucał oferty (tak jak zapis w kryterium gwarancja), co dopiero teraz, na etapie powtórnej oceny ofert, subiektywnie uczynił.

Odwołujący, składając ofertę, zdawał sobie sprawę z opisanych warunków SWZ i wobec tych zapisów zdecydował się na przedstawienie takiej treści oferty jaką otrzymał zamawiający, czyli spełniającej warunki SWZ. Brał pod uwagę, że zgodnie z kryteriami, za sprawność przy częściowym obciążeniu otrzyma 0 pkt i tak też pierwotnie przyznał to sam zamawiający, wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą (pismo z 6 sierpnia 2021 r.) i przyznając jej w tym kryterium 0 pkt. Wobec powyższego i na podstawie wcześniejszych wyjaśnień odwołującego w tej kwestii, podstawa odrzucenia oferty na podstawie pkt 1 wezwania oraz ustosunkowanie się do niego w odrzuceniu (ad. 1) jest bezpodstawną i nie ma odzwierciedlenia w zapisach SWZ. Zamawiający nie jest uprawniony, aby dopiero na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Zamawiający, dokonując badania i oceny oferty, zobowiązany jest bowiem interpretować SWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności.

Dalej odwołujący wskazywał, że innymi kwestiami, na podstawie których zamawiający stwierdza niezgodność oferty z warunkami zamówienia są: (ad 2) emisja pyłu, (ad 3) modulacja mocy. Odnosząc się do tych zarzutów zamawiającego, dodatkowo poza szczegółowymi wyjaśnieniami złożonymi zamawiającemu w postępowaniu stwierdził, iż kocioł Turbomat TM250 spełnia zapisy SWZ które opisał zamawiający. Odwołujący nie miał możliwości odniesienia się do przedstawionych przez zamawiającego ww. parametrów ponieważ SWZ ich nie opisywał. Zamawiający w sposób wybiórczy traktuje zapisy Projektu budowlanego, do którego odnosi się w punktach dotyczących emisji pyłu (ad 2) oraz modulacji mocy (ad 3).

Odwołujący zwrócił uwagę, że poziom emisji pyłu został wielokrotnie w Projekcie opisany i jednoznacznie dla oferowanego kotła ma wynosić (zgodnie z pkt. 3.3.10 oraz 3.4 Projektu): dla warunków normalnych 1013 mbar i temperatury spalin 0°C zawartości tlenu

10%: Pył (TSP) < 20 mg/ Nm³. Oferowane urządzenie ma ten parametr równy 19 mg/ Nm³ i mieści się w ww. przedziale. Zamawiający odrzucając ofertę wybiórczo wskazuje na pkt. 3.3.8. Projektu, który odnosi się do Automatyki, a nie samego kotła.

Natomiast modulacja mocy została przez zamawiającego na nowo sformułowana w trakcie badania oferty, ponieważ nigdzie wcześniej przy opisywaniu wymaganych parametrów dla kotła nie widniał zapis, iż zamawiający wymaga modulacji mocy w zakresie 30% do 100% dla paliwa o wilgotności do 40%. Owszem był zapis (jak wyżej przedstawiono), iż kocioł ma dopuszczać spalanie zrębków o wilgotności do 40% i taki warunek oferowane urządzenie spełnia. Był też zapis w Projekcie budowlanym, iż zakres modulacji mocy kotła będzie w przedziale od 30% do 100% i też ten parametr Turbomat TM250 spełnia. Jednakże w żadnym miejscu (szczególnie w SWZ) nie było zapisu łączącego (koniunkcji) te dwa warunki w jeden i dopiero teraz zamawiający sam tego dokonuje, badając ofertę odwołującego i na tej podstawie odrzuca ofertę.

Odwołujący zauważył ponadto, iż technologicznie (zgodnie ze schematem w Projekcie) poprzez wykorzystanie w układzie zbiornika buforowego 5000 litrów kotły muszą pracować cały czas pełną mocą dla zapewnienia temperatury w zbiorniku (a tylko w razie mniejszego zapotrzebowania na moc jeden z kotłów będzie wyłączany). Duża modulacja mocy jest potrzebna tylko w układach bez zbiornika buforowego, by zachować stałe pokrycie zmieniającego się zapotrzebowania na energię cieplną. Dlatego zapewne opis projektu powyższe parametry rozdzielał (wilgotność i modulacja) co jest prawidłowe dla takiego rozwiązania hydraulicznego. Stwierdzenie przez zamawiającego, dopiero po złożeniu ofert, że pewne funkcjonalności lub parametry są dla niego istotne jest zatem spóźnione i nie może skutkować odrzuceniem oferty.

W świetle powyższego, stwierdzić należy jednoznacznie, że oferta odwołującego jest zgodna z zapisami SWZ, wobec czego niniejsze odwołanie winno zostać uwzględnione w całości.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania złożoną przez zamawiającego na rozprawie, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest wykonawcą i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zamawiający, w dniu 1 grudnia 2021 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, jako niezgodnej z treścią SWZ, z czym ten się nie zgadza. Gdyby zarzuty sformułowane w treści odwołania potwierdziły się, zamawiający przywróciłby ofertę odwołującego do postępowania, a następnie wybrałby ją jako najkorzystniejszą. W konsekwencji odwołujący miałby możliwość zrealizowania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia zysku z jego wykonania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, złożonej przez zamawiającego na rozprawie (dokumentacja w wersji elektronicznej została przez zamawiającego przesłana drogą pocztową i wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2021 r., a zatem po zamknięciu rozprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ jest budowa kotłowni opalanej zrębką w budynku przedszkola wraz z budową ciepłociągu. Zamawiający w pkt 5 SWZ opisał szczegółowo przedmiot zamówienia, precyzując jednocześnie, że jego opis zamieszczono także w załączonych do SWZ dokumentach: Projekcie budowlanym kotłowni, Projekcie budowlanym sieci ciepłowniczej, Zgłoszeniu robót budowlanych (kotłownia), Pozwoleniu na budowę (sieć ciepłownicza), Przedmiarze robót (kotłownia), Przedmiarze robót (sieć ciepłownicza), Specyfikacji dostaw (monitoring - budynek kotłowni), Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (kotłownia), Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (sieć ciepłownicza), Obliczeniach do sieci ciepłowniczej,

Profilach sieci ciepłowniczej, Uzgodnieniach Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków na wykonywanie prac przy Cerkwi, Uzgodnieniu z narady koordynacyjnej, Uzgodnieniu z zarządcą drogi o prowadzeniu robót w pasie drogowym i przejściach przez drogę.

Odwołujący w formularzu oferty oświadczył między innymi, że oferuje kotł o następujących parametrach: (1) Sprawność przy pełnym obciążeniu kotła: 94 %; (2) Sprawność przy częściowym obciążeniu kotła: 91,6 %.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający wezwał odwołującego pismem z 5 listopada 2021 r., wskazując jako podstawę prawną art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 5 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia, str. 7 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został między innymi w dokumencie: Projekt budowlany kotłowni. Dokument ten zawiera wymagania co do przedmiotu zamówienia m.in. w następujących obszarach: automatyka kotła, emisja pyłu, modulacja mocy, maksymalna temperatura pracy kotła. Zamawiający, po analizie przedłożonego przez odwołującego przy piśmie z dnia 29 października 2021 r. sprawozdania akredytowanej jednostki badawczo - akredytującej z badań oferowanego przez odwołującego kotła Froling typu Turbomat 250 (TM 250) oraz przedłożonych kart katalogowych stwierdził istotne rozbieżności między parametrami wymaganymi, a parametrami oferowanego kotła. Wezwanie dotyczyło między innymi następujących parametrów: (1) automatyka kotła według projektu: sprawność kotła dla mocy nominalnej i minimalnej nie mniejsza niż 92.5%, według przedstawionego sprawozdania: sprawność kotła dla mocy nominalnej - 94%, sprawność kotła dla mocy minimalnej - 91,6%; (2) emisja pyłu według projektu: emisje pyłu przy zawartości tlenu w spalinach 10% nie więcej niż 15 mg/ Nm³, według przedstawionego sprawozdania: emisje pyłu przy zawartości tlenu w spalinach 10% - 19 mg/ Nm³; (3) modulacja mocy według projektu: zakres 30-100% płynna w czasie pracy, według przedstawionej karty katalogowej: 60-100%. Mając na uwadze powyżej stwierdzone rozbieżności, zamawiający wezwał do wyjaśnień w przedstawionym zakresie.

Odwołujący, pismem z 11 listopada 2021 r., na wezwanie zamawiającego udzielił wyjaśnień wskazując co następuje. Odnosząc się do parametru sprawności oferowanego kotła zauważył, że w przypadku oferowanego przez niego kotła typu TURBOMAT TM250 Firmy Froling sprawa ta jest oczywista i jednoznaczna, została przedstawiona zgodnie z wymogami SWZ w formularzu ofertowym i podlegała kryteriom oceny ofert zgodnie z pkt 19 SWZ punkty 1, 2 i 3 wraz ze zmianami zgodnie z wyjaśnieniami do SWZ (odpowiedź Nr 4 na zapytanie). Podana sprawność w formularzu ofertowym to: przy pełnym obciążeniu - 94%, przy częściowym/minimalnym obciążeniu - 91,6%, co wynika również oczywiście z załączonych do oferty Danych technicznych kotła Turbomat TM250, jak i badań jednostki

akredytowanej TUV Austria. Odwołujący przypomniał, że sam zamawiający przedstawiając warunki SWZ i wyjaśniając kilkakrotnie jej treść wskazał, że kocioł mający sprawność przy pełnym bądź częściowym obciążeniu od 0 do 93,4% otrzyma 0 pkt w danym kryterium. Najkorzystniejszy bilans (sumaryczna ilość punktów ze wszystkich kryteriów) oferty będzie decydowało o uznaniu jej za najkorzystniejszą. Zaznaczył także, że w innym dokumencie, stanowiącym załącznik do SWZ, a będącym szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia tj. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej „STWiOR”) - kotłownia (ST-02), na str. 52 dotyczącym wymogom dla użytych materiałów: Kocioł na biomasę o mocy 2x250 kW - jest informacja o sprawności kotła, tj. zapis: „Sprawność grzewcza powyżej 90% w pełnym zakresie mocy 30-100% obciążenia kotła - potwierdzona certyfikatem zgodnie z normą PN EN 303-5”. Oferowany kocioł TURBOMAT TM250 spełnia zatem ten wymóg. Następnie, w zakresie dotyczącym emisji pyłu, odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu na jego błędny odczyt wymaganego parametru z „Projektu budowlanego kotłowni”. W pkt 3.3.10. dotyczący wymogu dla kotła jest zapis: „Dla warunków normalnych 1013 mbar i temperatury spalin 0 st. C zawartości tlenu 10% Pył (TSP) < 20 mg/ Nm³ oraz pkt 3.4. (ppkt 19) dla warunków normalnych 1013 mbar i temperatury spalin 0 st. C zawartość tlenu 10% - Pył (TSP) nie więcej niż 20 mg/ Nm³. Tym samym zamawiający ma ten parametr opisany jednoznacznie dla pyłu, który kocioł TURBOMAT TM250 zgodnie z przedstawionymi dokumentami spełnia. Odnosząc się do parametru „modulacja mocy” odwołujący stwierdził z kolei, że skoro zakres mocy kotła jest przedstawiony zgodnie z dokumentami do oferty od 75 do 250 kW to jasno wynika, że jest od 30 do 100% mocy (75kW to jest 30% z 250 kW). Stąd niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego, który wywnioskował z przedstawionych dokumentów zakres mocy „tylko” w przedziale 60-100%.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 1 grudnia 2021 r. podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania. Uzasadniając swoją decyzję, odniósł się do stwierdzonych w ofercie odwołującego niezgodności z treścią SWZ. W zakresie dotyczącym parametru „automatyka kotła” argumentował, że proponowane przez odwołującego kotły nie oferują wymaganej sprawności kotła dla mocy nominalnej i minimalnej, określonej przez zamawiającego na poziomie 92,5%. Z przedłożonych przez odwołującego dokumentów wynika, że wartość ta wynosi 91,6%. Bez znaczenia dla oceny tego parametru pozostają uwagi, wskazujące na określone przez zamawiającego zakresy wartości w kryterium oceny oferty, gdyż wartości te nie mogą i nie modyfikują opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji kotły te nie spełniają warunku zawartego w opisie przedmiotu zamówienia. Dalej, w zakresie parametru dotyczącego emisji pyłu, zamawiający stwierdził, że brak jest spełnienia wymogu zawartego w projekcie budowlanym (pkt 3.3.8) - emisje pyłu zgodnie z PN EN 303-2012 dla mocy nominalnej i minimalnej nie więcej niż 15 mg/ Nm³ przy zawartości tlenu w spalinach 10%. Z przedłożonych przez odwołującego

dokumentów wynika wartość 19 mg/ Nm³. Z kolei co do parametru „modulacja mocy” zamawiający stwierdził, że wymaga możliwości modulacji mocy w zakresie 30% do 100% dla paliwa o wilgotności do 40%. Jak wynika z dołączonej przez odwołującego instrukcji obsługi kotła Turbomat w pkt 2.4.1 Paliwa dozwolone (data otrzymania instrukcji 6 sierpnia 2021 r., strona 12) - niedopuszczalny jest odbiór mocy poniżej 65% znamionowej mocy cieplnej, w przypadkach paliw o zawartości wody większej niż 35%, zatem zakres modulacji mocy został określony w przedziale 65-100%.

Izba, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, jak też zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba pragnie sformułować kilka uwag natury ogólnej, odnoszących się do treści naruszonych przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zamawiający zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 odrzuca ofertę wówczas, gdy stwierdzi, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Badając zatem czy doszło do naruszenia cytowanego przepisu ustawy Pzp Izba ocenia wyłącznie czy w danej sprawie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z SWZ, polegającą albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje (zaciąga), z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał i skonkretyzował w treści dokumentów zamówienia, albo też czy mamy do czynienia z niezgodnym z SWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach przypominała, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp zobowiązują z kolei zamawiającego między innymi do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeśli treść złożonej oferty nie odpowiada treści SWZ, jednakże dotyczy to wyłącznie takich sytuacji, w których niezgodność treści oferty z SWZ ma charakter zasadniczy, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego i szczegółowo opisanego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są zamieszczane w dokumentach postępowania). Innymi słowy, aby

zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, musi stwierdzić po pierwsze, że w treści SWZ zawarł określone, sprecyzowane wymaganie, po drugie, że wymaganie to nie zostało przez wykonawcę spełnione, co wynika bezsprzecznie z treści złożonej przez tego wykonawcę oferty. Jeśli natomiast wymagania w danym zakresie nie zostały czy to dookreślone, czy też precyzyjnie opisane, lub też w treści SWZ znalazły się sprzeczności, które nie pozwalają w sposób jednoznaczny stwierdzić, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SWZ - zamawiający nie ma podstawy, aby taką ofertę odrzucić.

Na co należy również zwrócić uwagę w okolicznościach niniejszej sprawy to skierowany do zamawiającego wymóg aby ten, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty, w piśmie kierowanym do wykonawcy, przedstawił zarówno uzasadnienie prane, jak też faktyczne dokonanej przez siebie czynności. Oznacza to, że jego obowiązkiem jest opisanie w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, co legło u podstaw jego decyzji i wskazanie z jakimi, sprecyzowanymi w SWZ zapisami, treść złożonej przez wykonawcę oferty, jest niezgodna. Co należy także podkreślić Izba ocenia prawidłowość czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy, wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności, zawartego w piśmie zamawiającego. W konsekwencji wszelkie próby i dążenia zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego ww. czynności czy to w piśmie procesowym, czy też na rozprawie, jest działaniem spóźnionym. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba uznała, że rację ma odwołujący twierdząc, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, w okolicznościach niniejszej sprawy, była nieuprawniona. Podstawą decyzji zamawiającego było stwierdzenie niezgodności pomiędzy treścią SWZ a treścią oferty odwołującego w zakresie trzech parametrów. Żadna ze wskazywanych podstaw faktycznych, mając na uwadze przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie, w ocenie Izby, nie stanowiła podstawy do uznania, że treść złożonej przez odwołującego oferty jest niezgodna z treścią SWZ.

W pierwszej kolejności, zamawiający w piśmie z 1 grudnia 2021 r., informującym o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że kotły nie oferują wymaganej sprawności kotła dla mocy nominalnej i minimalnej określonej przez zamawiającego na poziomie 92,5%. Z przedłożonych przez odwołującego dokumentów wynika, że wartość ta wynosi 91,6%. Zamawiający nie wskazał w piśmie które zapisy SWZ, czy też innych załączonych do niej dokumentów parametry te określają. Swoją argumentację w tym zakresie uzupełnił w piśmie procesowym, przywołując zapisy Projektu budowlanego, pkt 3.3.8 i 3.3.10, w których wskazano, że sprawność kotła dla mocy nominalnej i minimalnej nie może być mniejsza niż 92,5%.

Bezspornym jest, że oferowany przez odwołującego parametr, co wynika z treści złożonej przez niego oferty, jest na poziomie 91,6%. Umknęło jednak uwadze zamawiającego, że w innym dokumencie załączonym do SWZ, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia tj. w STWiOR - kotłownia (ST-02), na str. 52 tego dokumentu w opisie dotyczącym wymagań dla użytych materiałów: Kocioł na biomasę o mocy 2*250 kW - jest informacja o sprawności kotła, tj. zapis „Sprawność grzewcza powyżej 90% w pełnym zakresie mocy 30-100% obciążenia kotła - potwierdzona certyfikatem zgodnie z normą PN EN 303-5”. Mamy zatem w tym przypadku do czynienia z pewną rozbieżnością opisanych wymagań, zawartych w dokumentacji postępowania, przy czym nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że dokument STWiOR ma mniejszą wagę niż opis znajdujący się w Projekcie budowlanym. Obydwa dokumenty stanowiły załączniki do SWZ i obydwie opisywały przedmiot niniejszego zamówienia. Zamawiający zatem, z niewiadomych powodów, przyznaje prymat jednemu z dokumentów, wywodząc dodatkowo na ich podstawie niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SWZ.

Dodatkowo, należy zauważyć, że podana w Formularzu oferty sprawność kotła oferowanego przez odwołującego wynosi: przy pełnym obciążeniu - 94%, przy częściowym/minimalnym obciążeniu - 91,6%. Potwierdzają to załączone do oferty dokumenty: Opis danych technicznych kotła Turbomat TM250, jak też raport z badań jednostki akredytowanej TUV Austria. Z kolei zamawiający zdecydował się na punktowanie tych parametrów w kryteriach oceny ofert. W pkt. 19 SWZ, gdzie opisane zostały kryteria oceny ofert oraz zasady przyznawania punktów w ramach kryteriów, zamawiający ustalił jako jedno z nich kryterium pn. „sprawność minimalna kotła”. W treści SWZ opisał także, że punkty w ramach tego kryterium zostaną przyznane w następujący sposób: dla sprawności kotła przy pełnym obciążeniu od 0 do 93,4 % - 0 punktów, sprawność kotła przy pełnym obciążeniu od 93,5 % do 93,9 % - 3 punkty, sprawność kotła przy pełnym obciążeniu powyżej 94,0 % - 5 punktów. Tym samym z tego zapisu SWZ również wynikało, że w przypadku, gdy parametr ten jest na poziomie niższym niż opisywany przez zamawiającego - wykonawca otrzyma 0 pkt. W żadnym miejscu SWZ zamawiający nie przesądził, że niespełnienie tego parametru będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Bez znaczenia przy tym jest okoliczność, że zamawiający w pierwszej kolejności bada czy złożona przez wykonawcę oferta jest zgodna z wymaganiami SWZ, a następnie dokonuje oceny złożonych ofert. W niniejszej sprawie nie sposób bowiem, w świetle zapisów STWiOR taką niezgodność przesądzić. Z kolei w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, wykonawcy mieli prawo oczekiwać, że w przypadku, gdy wskazany przez nich parametr będzie na poziomie niższym, niż ustalony w kryterium oceny ofert - skutkiem tego będzie przyznanie wykonawcy 0 pkt w ramach kryterium, nie zaś odrzucenie złożonej w postępowaniu oferty.

W konsekwencji stwierdzić należy, że oferowany przez odwołującego kocioł TURBOMAT TM250 spełnia wymagania SWZ w zakresie sprawności. Jak słusznie zauważył odwołujący, zgodnie z ustaloną przez zamawiającego zasadą kryteriów oceny i punktacji ofert, odwołującemu w tym kryterium zamawiający mógł przyznać 0 pkt.

Kolejny z kwestionowanych przez zamawiającego parametrów, który stał się podstawą stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SWZ, był parametr emisji pyłu. Zamawiający w piśmie z 1 grudnia 2021 r. stwierdził, że brak jest spełnienia wymogu zawartego w projekcie budowlanym (pkt 3.3.8) - emisje pyłu zgodnie z PN EN 303-2012 dla mocy nominalnej i minimalnej nie więcej niż 15 mg/ Nm³ przy zawartości tlenu w spalinach 10%. Z przedłożonych przez odwołującego dokumentów wynika wartość 19 mg/ Nm³.

W tym zakresie Izba zgadza się z odwołującym, że zamawiający w sposób wybiórczy ocenia i odczytuje parametry opisane w pkt 3.3.8. Projektu budowlanego, który odnosi się do automatyki, pomijając inne opisy zamieszczone w tym dokumencie. Parametr w postaci poziomu emisji pyłu został wielokrotnie w Projekcie opisany i jednoznacznie dla oferowanego kotła (a przecież to parametry samego kotła podlegać mają ocenie) ma wynosić (zgodnie z pkt. 3.3.10 oraz 3.4 Projektu): dla warunków normalnych 1013 mbar i temperatury spalin 0°C zawartości tlenu 10%: Pył (TSP) < 20 mg/Nm³. Oferowane urządzenie ma ten parametr równy 19 mg/ Nm³ i mieści się w ww. przedziale.

Tym samym ocena zamawiającego i w tym zakresie jest nietrafiona, nie sposób bowiem stwierdzić aby treść oferty odwołującego była niezgodna z treścią SWZ.

Ostatnim, kwestionowanym przez zamawiającego parametrem była „modulacja mocy”. W odniesieniu do niego zamawiający stwierdził, że wymaga możliwości modulacji mocy w zakresie 30% do 100% dla paliwa o wilgotności do 40%. W piśmie z dnia 1 grudnia 2021 r. zamawiający przytoczył treść dołączonej przez odwołującego instrukcji obsługi kotła Turbomat, w której w pkt 2.4.1 Paliwa dozwolone (data otrzymania instrukcji - 6 sierpnia 2021 r., strona 12) - niedopuszczalny jest odbiór mocy poniżej 65% znamionowej mocy cieplnej, w przypadkach paliw o zawartości wody większej niż 35%, zatem zakres modulacji mocy został określony w przedziale 65-100%. Tu ponownie zamawiający swoją argumentację rozszerzył w złożonym piśmie procesowym (odpowiedzi na odwołanie) wskazując, że precyzyjnie wskazał w pkt 3.3.10 Projektu, że paliwem podstawowym będą zrębki drzewne o wilgotności 40% i jakiej modulacji kotła oczekuje.

Oceniając przedmiotowe wymaganie Izba wzięła pod uwagę zapisy cytowanego pkt 3.3.10 Projektu. Zamawiający wskazał, że jako paliwo podstawowe wykorzystywane będą zrębki drzewne: M40, P45, A1.0 P16 P31,5 P45A. W kolejnym tirecie tego fragmentu Projektu opisał: „możliwość modulacji mocy w zakresie 30 do 100% płynna w czasie pracy urządzenia”. Są to dwa odrębnie sformułowane zapisy i wymagania, które zamawiający oceniając ofertę łączy wywodząc, że w treści SWZ sformułowano wymaganie modulacji

mocy w zakresie 30% do 100% dla paliwa o wilgotności do 40%. Zamawiający nie kwestionuje spełnienia wymagań polegających na tym, że konstrukcja kotła dopuszcza spalanie zrębków o wilgotności do 40%, jak też tego, że Turbomat TM250 spełnia warunek zakresu modulacji mocy w przedziale od 30% do 100%. Zamawiający dopiero na etapie oceny złożonych ofert łączy te dwa wymagania w jedno, wywodząc brak spełnienia opisu przedmiotu zamówienia.

Takie działanie zamawiającego, na tym etapie postępowania, jest nieuprawnione jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp, nie można bowiem stwierdzić niezgodności treści oferty z treścią SWZ w przypadku, gdy dane wymagania nie zostało wprost opisane i wyartykułowane w treści SWZ. Tym samym, w ocenie Izby, i w odniesieniu do trzeciego z parametrów, brak jest takiej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SWZ, która powodowałaby sankcję w postaci odrzucenia oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :