

Sygn. akt: KIO 368/20

**WYROK**

**z dnia 3 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2020 r. przez wykonawcę **S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stary Dzików, Gminę Sieniawa, Gminę Dynów reprezentowanych przez Gminę Stary Dzików, ul. Kościuszki 79, 37-632 Stary Dzików**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „NIKMAR” Ekologiczne Systemy Grzewcze Zakład Handlowo-Usługowy N. M., G. Sp. j. i Z. H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Instalacji Grzewczych i Gazowych. Handel – Z. H., ul. Ochotników Węgierskich 19, 23-300 Janów Lubelski** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od wykonawcy **S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy** na rzecz **Gminy Stary Dzików, Gminy Sieniawa, Gminy Dynów reprezentowanych przez Gminę Stary Dzików, ul. Kościuszki 79, 37-632 Stary Dzików** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący :** .....

## **Uzasadnienie**

Gmina Stary Dzików, Gmina Sieniawa oraz Gmina Dynów reprezentowane przez Gminę Stary Dzików (dalej: „Zamawiający”) prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby budynków i obiektów niepublicznych na terenie Gminy Stary Dzików, Sieniawa i Dynów (zamówienie z podziałem na cztery części). Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 listopada 2019 r. pod pozycją 2019/S 214-525137.

W dniu 21 lutego 2020 r. wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania czynności odrzucenia ofert zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „NIKMAR” Ekologiczne Systemy Grzewcze Zakład Handlowo-Usługowy N. M., G. Sp. j. i Z. H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Instalacji Grzewczych i Gazowych Z. H. (dalej: „Konsorcjum NIKMAR”), podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NIKMAR w sytuacji, gdy oferowane kotły nie spełniają wymogów SIWZ;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NIKMAR, w sytuacji, gdy wybrany wykonawca winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na złożenie wraz z ofertą oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż w oparciu o to oświadczenie — (karta katalogowa), Zamawiający dokonał badania oferowanych urządzeń;

4) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie badania i wyjaśniania treści oferty złożonej przez Konsorcjum NIKMAR w sytuacji, gdy oświadczenie - karta katalogowa złożona wraz z ofertą (nie podlegająca uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3, gdyż stanowi treść oferty) nie potwierdzała w pełni, że zaoferowane urządzenia spełnią wymagania Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) i Załącznika nr 13 - Opis techniczny, z uwagi na brak w tym oświadczeniu informacji na temat istotnych parametrów technicznych oferowanego kotła, tj. gabarytów kotła i budowy kotła;

5) naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum NIKMAR w sytuacji, gdy treść oferty w pełni nie potwierdza, że oferowane urządzenia są zgodne z wymogami SIWZ, tj. treść oferty nie odpowiada SIWZ w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym zaniechaniu wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;

6) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie badania i wyjaśniania treści oferty złożonej przez wykonawcę LEVADA Sp. z o.o. (oferta złożona jako nr 4) w sytuacji, gdy złożona karta katalogowa - oświadczenie, stanowiła treść oferty;

7) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę LEVADA Sp. z o.o. (oferta złożona jako nr 4);

8) naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania, a w konsekwencji wybór oferty niezgodnej z treścią SIWZ;

9) naruszenie art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum NIKMAR, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty złożona w trakcie postępowania musi odpowiadać treści SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum NIKMAR złożyło ofertę datowaną na 16 grudnia 2019 r. wraz z załącznikiem, tj. Kartą katalogową, w której Konsorcjum złożyło oświadczenie stanowiące treść oferty. Wymóg ten wynika z zapisów SIWZ – Rozdział XII pkt 11 pkkt 7.

Jak zauważył Odwołujący, z załącznika tego wynika, że Konsorcjum NIKMAR zaoferowało kocioł o nazwie EG-PELLET-MINI-F3 16 i kocioł o nazwie EG-PELLET-MINI-F3 24. W złożonej karcie katalogowej Konsorcjum NIKMAR złożyło oświadczenie, że oferowane urządzenia spełniają parametry określone w Opisie przedmiotu zamówienia i posiadają dokumenty potwierdzające ich spełnienie.

Odwołujący stwierdził, że złożone w kacie katalogowej oświadczenie o spełnieniu wymogów SIWZ nie dotyczy wszystkich kluczowych paramentów, w tym brak jest informacji o wymiarach urządzenia, które były dla Zamawiającego istotne, Zamawiający zażądał bowiem spełnienia tych warunków określając parametry poprzez podanie maksymalnych nieprzekraczalnych wartości wymiarów w Załączniku nr 13 – Opis techniczny str. 3. W ocenie Odwołującego, gdyby wartości te nie były dla Zamawiającego istotne, nie podałby dokładnych nieprzekraczalnych wartości (Załącznik nr 13, str. 3).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił warunki, jakie powinny spełniać urządzenia będące przedmiotem zamówienia w Załączniku nr 1 Opis przedmiotu zamówienia oraz w Załączniku nr 13 Projekt wykonawczy indywidualny instalacji kotła na biomasę - Opis techniczny (Instalacja kotła na biomasę opis techniczny).

Jak podał Odwołujący, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 15 stycznia 2020 r. wezwał Konsorcjum NIKMAR do złożenia dokumentów według załączonej listy. Kolejnym pismem z dnia 4 lutego 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum NIKMAR do ponownego złożenia dokumentów zgodnie z załączoną listą. Konsorcjum NIKMAR w odpowiedzi na ww. wezwania złożyło dokumenty odpowiednio pismem z dnia 27 stycznia 2020 r. z odpowiednimi załącznikami oraz pismem z dnia 5 lutego 2020 r.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w toku oceny i badania oferty Konsorcjum NIKMAR zaniechał wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że analiza dokumentów Zamawiającego, w szczególności Załącznika nr 1 OPZ (str. 41-50) oraz Załącznika nr 13 - Opis techniczny wskazuje, że Zamawiający przedstawił stosowne i konkretne wymagania, które mają spełnić oferowane w przedmiotowym postępowaniu urządzenia. Jak zauważył Odwołujący, w szczególności w Załączniku nr 13 na str. 3 Zamawiający skonkretyzował wymagania dotyczące zamawianych kotłów, gdzie wskazał: „Dla możliwości adaptacji kodów w pomieszczeniach o małych wymiarach zakłada się, że szerokość kotła dla mocy 16 i 24 kW, nie będzie większa niż 50 cm. Szerokość zbiornika paliwa nie powinna być większa niż 65 cm. Wysokość koda i zbiornika paliwa nie powinna przekroczyć 140 cm, głębokość kotła nie powinna być większa niż 85 cm nie licząc palnika. Palnik powinien być zamontowany z przodu koda.”. Zamawiający pominął jednak, jak zauważył Odwołujący, możliwość zbadania czy oferowane urządzenia spełniają ten wymóg.

Odwołujący stwierdził, że przeprowadzona przez Odwołującego analiza żądanej przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dokumentacji oraz złożona przez Konsorcjum NIKMAR w wyniku tych wezwań dokumentacja nie potwierdza, że oferowane urządzenia spełniają wymogi SIWZ. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał żądania dokumentów, które potwierdziłyby, że oferowany kocioł spełnia wymagania zawarte w OPZ, a w szczególności te wynikające z Załącznika nr 13 Opis techniczny. Z uwagi na powyższe Odwołujący podniósł zarzut zaniechania badania oferowanych kotłów pod względem spełniania wymogów technicznych SIWZ. Zamawiający zaniechał żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, mimo że Konsorcjum NIKMAR w karcie katalogowej nie umieściło istotnych parametrów technicznych wynikających z SIWZ, w szczególności z Załącznika nr 1 i Załącznika nr 13. Zamawiający nie dołożył należytej staranności w celu ustalenia, jakie dokładnie parametry przypisane są do urządzenia EG-PELLET-MINI-F3 16 i 24, a wynikające z dokumentacji techniczno-rozruchowej.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada wiedzę na temat oferowanego urządzenia EG-PELLET-MINI-F3, gdyż jest w posiadaniu Dokumentacji techniczno-rozruchowej (DTR) dla tego urządzenia złożonej przez tego samego wykonawcę, tj. Konsorcjum NIKMAR w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miejską Biała Podlaska, które było przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 2470/19 zakończonej wyrokiem z dnia 2 stycznia 2020 r. Jak stwierdził Odwołujący, analiza ww. postępowania prowadzonego przed KIO wskazuje, że konsorcjum firm w identycznym składzie, w postępowaniu prowadzonym przez Gminą Miejską Biała Podlaska zaoferowało kocioł o nazwie EG-PELLET-MINI-F3 25. W postępowaniu tym Konsorcjum NIKMAR złożyło pełną dokumentację techniczną, w tym dokumentację techniczno-rozruchową dla urządzenia produkowanego przez firmę G. Sp. j. pod nazwą EG-PELLET-MINI-F3. Dokumentacja ta pozwala na szczegółowe określenie wszelkich parametrów technicznych kotła o nazwie EG-PELLET-MINI-F3, w tym dla oferowanych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, tj. EG-PELLET-MINI-F3 16 i 24.

Jak zauważył Odwołujący, na str. 9 ww. dokumentacji techniczno-rozruchowej podane zostały podstawowe wymiary kotła dla modelu 16 kW i 24 kW. Wg DTR, oferowane kotły posiadają szerokość 740 mm, wysokość 1500 mm. Odwołujący podał, że wg wymagań Zamawiającego zawartych w Załączniku nr 13 wymagana szerokość to nie więcej niż 500 mm, zaś wysokość kotła i zbiornika paliwa nie powinna przekroczyć 1400 mm. Powyższe, zdaniem Odwołującego wskazuje, że oferowane urządzenia w ww. zakresie są niezgodne z wymogami SIWZ. Z uwagi na powyższe, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że

zaniechał badania oferowanego urządzenia, a w wyniku tego zaniechania wybrał urządzenia, które są niezgodne z SIWZ i wybrał ofertę wykonawcy, która powinna być odrzucona jako oferta, w której zaoferowane są urządzenia niezgodne z wymogami SIWZ. Tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył wskazane w petitum odwołania przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, iż ocena dokumentu złożonego przez Konsorcjum NIKMAR, tj. oświadczenia - Karta techniczna, która jest załącznikiem do oferty dowodzi, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania, bowiem Konsorcjum NIKMAR oświadczyło, że kotły o nazwie EG-PELLET-MINI-F3 16 i 24 spełniają parametry określone w OPZ i posiadają dokumenty potwierdzające ich spełnianie. W oparciu o to oświadczenie Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum NIKMAR. W opinii Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że zapewnienie złożone przez Konsorcjum NIKMAR o spełnieniu przez urządzenie o nazwie EG-PELLET-MINI-F3 16 i 24 parametrów OPZ miało bezpośredni wpływ na wybór przedmiotowej oferty.

Jak zaznaczył Odwołujący, będąca w posiadaniu Odwołującego DTR urządzenia EG-PELLET-MINI-F3 z października 2019 r. złożona przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2470/19 potwierdza, iż oferowane urządzenie jest niezgodne z SIWZ. W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum NIKMAR, zaś oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wyjaśnił, że DTR z października 2019 r. dla kotłów produkowanych przez G. Sp. j. dotyczy całego typoszeregu kotłów EG PELLET MINI F3, tym m.in. EG PELLET MINI F3 16, 24 i 25. Odwołujący podał, że zawarte w DTR informacje i dane techniczne dotyczą całego typu szeregu kotłów typu EG PELLET MINI F3 (w tym tabela podstawowych wymiarów kotłów str. 9). Jak zaznaczył Odwołujący, DTR oferowanych urządzeń oraz certyfikat są z października 2019 r. i są dokumentami spójnymi.

Odwołujący argumentował, że dokumentacja techniczno-rozruchowa jest dokumentacją opisującą dane urządzenie wytworzone przez danego producenta, która opisuje cechy tego urządzenia. Odwołujący wskazał, że urządzenie o nazwie EG-PELLET-MINI-F3 posiada takie cechy, jakie wynikają z dokumentacji techniczno-rozruchowej dla tego urządzenia. Dla urządzenia o nazwie EG-PELLET-MINI-F3, którego producentem jest G. Sp. j. dokumentacja techniczno-rozruchowa jest przypisana do tego urządzenia, które posiada opisane w niej cechy. Z uwagi na powyższe Odwołujący załączył ww. DTR do odwołania.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że gdyby Konsorcjum NIKMAR oświadczyło, że

zmodyfikowało oferowane urządzenie, które po modyfikacji spełnia wszystkie wymagania SIWZ (w szczególności gabaryty kotła) i dołączyło odpowiednie dokumenty np. DTR, to Odwołujący wskazuje, każda modyfikacja urządzenia wymaga ponownej certyfikacji popartej Sprawozdaniem z badań i certyfikatem wydanym przez notyfikowaną jednostkę badawczą zgodnie z normą PN EN 303-5:2012. Odwołujący wskazał ponadto, że Konsorcjum NIKMAR zaoferowało urządzenie o określonej nazwie handlowej EG PELLET MINI F3 16 i 24, które zostało przebadane i certyfikowane przed wprowadzeniem do obrotu na terenie Unii Europejskiej przez Instytut Badań Inżynieryjnych Przedsiębiorstwo Państwowe Brno Republika Czeska, co potwierdza certyfikat (świadcstwo) nr O-B-02-687-19 z dnia 18 października 2019 r. Jak zauważył Odwołujący, urządzenie wyprodukowane o określonej nazwie, w tym przypadku EG PELLET MINI F3, do którego została opracowana stosowna DTR, wprowadzone do obrotu, po uzyskaniu certyfikacji nie może być dowolnie zmieniane w zakresie istotnych jego parametrów, tj. np. gabarytów. Wyprodukowanie urządzenia o takiej samej nazwie handlowej już funkcjonującej w obrocie i utworzenie nowej/zmienionej DTR narusza zasadę uczciwej konkurencji i wprowadza odbiorców, klientów, kupujących w błąd co do cech oferowanego urządzenia. Odwołujący opierając się na normach technicznych i odpowiednich przepisach prawa mających zastosowania dla urządzeń grzewczych wyjaśnił, że producent nie może w stopniu dowolnym modyfikować certyfikowanych urządzeń, każda zmiana w certyfikowanym wcześniej urządzeniu winna być zgłoszona do jednostki notyfikowanej, która certyfikowała owo urządzenie i poddana ocenie lub powtórnej certyfikacji.

Odwołujący zarzucił oferowanemu urządzeniu niezgodności gabarytów oferowanego kotła z wymogami SIWZ (Załącznik nr 13). Odwołujący podniósł, że ewentualna modyfikacja kotła w zakresie dopasowania gabarytów kotła do wymogów SIWZ wymaga powtórnej certyfikacji i odzwierciedlenia tego faktu w nazwie handlowej urządzenia. Odwołujący stwierdził, że nie mogą funkcjonować dwa różne urządzenia pod tą samą nazwą handlową - nazwa musi być zindywidualizowana i wskazywać konkretny typ i model urządzenia jednoznacznie. Nazwa i typ oferowanego w przedmiotowym postępowaniu urządzenia jest identyczna, jak urządzenia oferowane w postępowaniu przed zamawiającym Biała Podlaska.

Odwołujący oświadczył, że jest w posiadaniu dokumentów (załączonych do odwołania) identyfikujących urządzenia oferowane w przedmiotowym postępowaniu, tj. DTR dla urządzeń o nazwie EG PELLET MINI F3 16 i EG PELLET MINI F3 24, certyfikat/świadcstwo z badań nr O-B-02-687-19 z dnia 18 października 2019 r. dla ww. urządzeń, ulotki produktowa dla ww. urządzeń.



Jak podkreślił Odwołujący, producent nie może oferować i wprowadzać do obrotu urządzeń bez ważnego certyfikatu. Mając na uwadze powyższe stwierdzenie, Odwołujący z ostrożności podniósł, że do zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu urządzeń zastosowanie będą miały dokumenty, które zostały złożone w innym postępowaniu, tj. przed zamawiającym Biała Podlaska, a które Konsorcjum NIKMAR udostępniło w postępowaniu przed KIO o sygn. akt KIO 2470/19. Odwołujący zaznaczył, że certyfikat z dnia 18 października 2019 r. i DTR z października 2019 r. dla urządzeń EG PELLET MINI F3 15 i EG PELLET MINI F3 24 potwierdzają dane techniczne oferowanych urządzeń, które nie spełniają wymagań SIWZ w zakresie gabarytów kotła.

Odwołujący podniósł ponadto, że budowa zaoferowanego kotła jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w Załączniku nr 13 str. 2: „Zamawiający wymaga kotła: gdzie płomieniówkowa część grzewcza, oddzielona jest od komory paleniskowej płaską przegrodą wodną wykonaną z poprzecznie umieszczonych profili zamkniętych... .. dla zawirowania spalin i lepszej wymiany ciepła....”. Odwołujący stwierdził, że z opisu budowy oferowanego kotła oraz rysunków przekrojowych zamieszczonych w DTR wynika jednoznacznie, iż brak jest w jego budowie oddzielenia płomieniówkowej części grzewczej od komory paleniskowej płaską przegrodą wodną. Jedynym elementem oddzielającym palenisko od części płomieniówkowej jest deflektor ceramiczny (opis i rysunek str. 7 DTR) Powyższe, w ocenie Odwołującego, stanowi kolejną niezgodności oferowanego kotła z wymogami Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że wszystkie wymienione w odwołaniu zarzuty co do niezgodności cech oferowanego urządzenia z SIWZ (gabaryty i budowa kotła) były przedmiotem zarzutów odwołującego w postępowaniu przed KIO o sygn. akt KIO 2470/19 i zostały uwzględnione przed KIO w wyroku z dnia 2 stycznia 2020 r. KIO potwierdziła na podstawie złożonych dokumentów, że oferowane przez Konsorcjum NIKMAR kotły nie spełniły wymogów SIWZ w zakresie gabarytów i budowy kotła.

Zamawiający podkreślił, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Biała Podlaska wymagane przez Zamawiającego gabaryty (szerokość kotła) były większe niż w postępowaniu Stary Dzików i oferowany kocioł był większy niż wymogi danego SIWZ. Zamawiający - Biała Podlaska wymagał szerokości kotła nie większej niż 550 mm. Zaoferowany kocioł nie spełnił tego wymogu, szerokość zaoferowanego kotła to 740 mm, KIO uznała ten zarzut jako zasadny. Zamawiający - Stary Dzików wymagał szerokości kotła nie większej niż 500 mm., czyli jeszcze węższego, dodatkowo Zamawiający ograniczył wysokości do 1400 mm. Zaoferowany kocioł nie spełnia tych wymogów, gdyż jego wysokość to 1500mm, a szerokość zaoferowanego kotła to 740 mm.

Odwołujący z ostrożności procesowej poparł zarzut zaniechania przez Zamawiającego badania oferty złożonej przez wykonawcę LEVADA Sp. z o.o. (oferta nr 4) w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymogami SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz ofertą karty katalogowej oferowanego urządzenia wraz z oświadczeniem, że oferowane urządzenia spełniają wymogi SIWZ (Rozdział XII pkt 11 ppkt 7 SIWZ). W ocenie Odwołującego, budzi wątpliwości okoliczność, czy Zamawiający dokonał badania oferty wykonawcy LEVADA Sp. z o.o. Obowiązek taki obciążał Zamawiającego w sytuacji, gdy w skład oferty Zamawiający żądał złożenia karty katalogowej lub oświadczenia dotyczącego parametrów technicznych oferowanego kotła. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zweryfikować te parametry. Na etapie badania ofert powinny zostać zweryfikowane parametry oferowanych urządzeń w celu ustalenia czy oferta jest zgodna z SIWZ, czy też podlega odrzuceniu jako nie zgodna z SIWZ z uwagi na niespełnienie przez oferowane urządzenia wymogów stawianych przez Zamawiającego. Odwołujący poinformował, że zwrócił się do Zamawiającego o dokumenty, które złożył m.in. wykonawca LEVADA Sp. z o.o. wraz z ofertą, jednakże do dnia złożenia odwołania nie otrzymał żadnych dokumentów i żadnej odpowiedzi, poza dokumentami wybranego wykonawcy. W przypadku potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę LEVEDA Sp. z o.o. urządzenia nie spełniają wymagań, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

W przekonaniu Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wyboru oferty Konsorcjum NIKMAR przez zaniechanie jej odrzucenia pomimo niebudzącej wątpliwości podstawy do jej odrzucenia.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum NIKMAR,
3. nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i wyboru oferty,
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum NIKMAR,
5. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum NIKMAR,
6. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty,
7. zwrot kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa

procesowego,

8. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: pn: „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby budynków i obiektów niepublicznych na terenie Gminy Stary Dzików, Sieniawa i Dynów”, zamówienie z podziałem na cztery części, znak sprawy: ZP.271.7.2019,
9. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nim wskazane,
10. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania prowadzonego z odwołania Odwołującego przed KIO sygn. akt KIO 2470/19, w szczególności DTR sporządzonej przez producenta G. Sp. j. dla typoszeregu kotłów o nazwie handlowej EG PELLET MINI F3, certyfikatu z badań (świadectwo) nr O-B-02-687-19 z dnia 18 października 2019 r. wydanego przez Instytut Badań Inżynieryjnych Przedsiębiorstwo Państwowe Brno Republika Czeska.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem IV pkt 3 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

Część I - dostawę i montaż 292 instalacji fotowoltaicznych, o jednostkowej mocy nie mniejszej niż 2,16 kWp, i łącznej mocy 884,5 kWp

Część II - dostawę i montaż 605 instalacji kolektorów słonecznych, o jednostkowej mocy nie mniejszej niż 2,8 kWt i łącznej mocy 2419,6 kWt

Część III - dostawę i montaż 103 instalacji pomp ciepła pracujących na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej, o jednostkowej mocy 2,3 kWt i łącznej mocy 236,9 kWt.

Część IV - dostawę i montaż 16 kotłów na biomasę, o jednostkowej mocy 16 i 24 kW i łącznej mocy 376 kW.

Rozdział IV pkt 4 SIWZ stanowi, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Załączniku nr 1 do SIWZ. W pkt 6 Rozdziału IV SIWZ stwierdzono natomiast, że uzupełnienie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia stanowią postanowienia projektu umowy, tj. Załącznika nr 2 do SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XII pkt 11 ppkt 7 na ofertę składają się m.in. Karty katalogowe lub oświadczenia producenta pozwalające na ocenę ofert w zakresie technicznych kryteriów oceny ofert ( $K_T$ ), tj. kryteriów sformułowanych w Rozdziale XV pkt 1 ppkt 2 SIWZ.

Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt IV Instalacje kotłów na biomasę stanowi, że każda instalacja kotła na biomasę zbudowana jest minimalnie z następujących komponentów: kotła na biomasę, armatury towarzyszącej w tym grupy pompowej, naczynia zbiorczego przeponowego wraz z zaworem bezpieczeństwa. Temperatura zasilania instalacji z kotła musi zostać dostosowana do wysokotemperaturowych obiegów grzewczych w każdym z istniejących budynków.

W ramach zamówienia do obowiązków wykonawcy należy:

- Dokonanie wizji lokalnej obiektu, w celu zapoznania się z indywidualnymi warunkami panującymi na każdym z obiektów;
- Wykonanie projektów wykonawczych dla poszczególnych lokalizacji wskazanych przez zamawiającego, zawierającej m.in. projekt instalacji, rozplanowanie instalacji, symulacje uzysków energetycznych i karty katalogowe urządzeń;
- Dostawa i sprzedaż nowych urządzeń i komponentów składających się na kompletną instalację kotła na biomasę;
- Wykonanie prac montażowych kotłów na biomasę o mocy 16 lub 24 kW spełniających wymagania normy PN-EN 303.5 - 2012, wraz z pełnym oprzyrządowaniem;
- Dobór, dostawa i montaż osprzętu zabezpieczającego do kotłów;
- Przyłączenie urządzenia do instalacji centralnego ogrzewania i przygotowania ciepłej wody użytkowej;
- Wykonanie pomiarów instalacji;
- Przeprowadzenie instruktażu dla użytkowników obiektu w zakresie obsługi instalacji oraz postępowania w sytuacjach awaryjnych;

- Przekazanie protokolarne instalacji wraz z odbiorem przy obecności Inżyniera kontraktu ustanowionego przez Zamawiającego lub innych osób wskazanych przez zamawiającego;
- Sporządzenie i przekazanie Zamawiającemu i właścicielowi obiektu kompleksowej dokumentacji powykonawczej, zawierającej m.in. projekt instalacji, instrukcję obsługi, karty katalogowe urządzeń, schemat instalacji, raport z testów i pomiarów końcowych instalacji;
- Serwisowanie instalacji w okresie wskazanym w dokumentacji przetargowej (str. 41-42 OPZ).

Opis przedmiotu zamówienia ustanawia także wymagania w zakresie kotła na biomasę – dopuszczono montaż kotła na pelet podłączonego do istniejącej instalacji ciepłowniczej w budynku o mocy grzewczej 16 lub 24 kW.

W tabeli 4.2. zestawiono minimalne wymagania w zakresie kotłów na biomasę (pelet). Należą do nich:

Typ kotła - Kocioł na paliwo stałe

Typ paliwa - Dostosowany do spalania paliwa Pelet A1 wg PN-EN ISO 17225-2:2014-07

Znamionowa moc cieplna - 16 lub 24 kW

Sprawność cieplna - powyżej 88%

Klasa kotła wg EN 303-5:2012 - Nie niższa niż 5 oraz spełniająca wymagania ekoprojektu w zakresie efektywności energetycznej i emisji zanieczyszczeń określone w Rozporządzeniu Komisji (UE) 2015/1189 lub Rozporządzeniu Komisji (UE) 2015/1185

Rozpalanie / zapłon – Automatyczne

Zabezpieczenie przeciwpożarowe – Tak

Minimalna pojemność zbiornika na pelet - 250 dm<sup>3</sup>

Przepływ nominalny przepływomierza

Elektrycznego - min. 0,6 m<sup>3</sup> /h

Parametry pompy mieszania kotłowego - DN25, Qmax 3 m<sup>3</sup> /h, Hmax = 4,0 m

Gwarancja producenta - Minimum 5 lat (str. 42-43 OPZ).

Wymagania w stosunku do pomieszczenia kotłowni oraz wymagania montażowe dla kotła opisane zostały na stronach 46 – 47 OPZ.

Zamawiający udzielił też odpowiedzi na pytania do SIWZ. W dniu 25 listopada 2019 r. Zamawiający na pytanie: „Zamawiający zamieścił jako część dokumentacji przetargowej projekty wykonawcze dla poszczególnych typów instalacji. Prosimy zatem o potwierdzenie czy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia należy wykonać oraz przekazać Zamawiającemu projekty wykonawcze dla poszczególnych instalacji w danej lokalizacji jak wskazano w OPZ w 2 egz. dla każdej instalacji?” odpowiedział: „TAK” (odpowiedź na pytanie nr 1). W tym samym dniu odpowiadając na pytanie nr 2: „W związku z tym, że Zamawiający zamieścił w dokumentacji przetargowej projekty wykonawcze dla poszczególnych instalacji prosimy o jednoznaczną odpowiedź: czy w tym przypadku dokumentem nadrzędnym (obowiązującym) jest OPZ. Jaka jest hierarchia dokumentów w przypadku występujących

sprzeczności w obu tych dokumentach?” Zamawiający stwierdził: „Dokumentem nadrzędnym jest OPZ”.

Izba stwierdziła, że parametry podlegające ocenie przez Zamawiającego zostały sformułowane w Załączniku nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia). Wskazuje na to jednoznacznie treść Rozdziału IV pkt 4 i 6 SIWZ, gdzie Zamawiający podał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Załączniku nr 1 do SIWZ, zaś jego uzupełnienie stanowią postanowienia projektu umowy, tj. Załącznika nr 2 do SIWZ. Izba miała także na uwadze, że Zamawiający nie określił roli Załącznika nr 13 do SIWZ. Na rozprawie Zamawiający podał, że dokument ten miał charakter wyłącznie pomocniczy, co jest zgodne choćby z zakresem obowiązków wykonawcy.

W wyniku analizy dokumentacji postępowania Izba doszła do przekonania, że zarówno przywołane powyżej postanowienia SIWZ, jak też postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia, z którego wynikają nie tylko minimalne wymagania dla kotła na biomasę, ale także obowiązki wykonawcy, w tym wykonanie projektów wykonawczych, a także odpowiedzi na pytania do SIWZ, w szczególności na pytanie nr 1 i 2 z dnia 21 listopada 2019 r., dają podstawy do stwierdzenia, że rola Załącznika nr 13 do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu była niewiążąca.

Izba stoi na stanowisku, że zamawiający w toku badania i oceny ofert zobowiązany jest zweryfikować wszystkie wymagania, które sformułował w dokumentacji postępowania wobec przedmiotu zamówienia. Jednakże w przedmiotowej sprawie brak jest jednoznacznego stwierdzenia w dokumentacji postępowania, że oferowany przedmiot zamówienia powinien spełniać wymogi zawarte także w treści Załącznika nr 13, co nie pozwala na uznanie, że istnieje podstawa do wyciągania wobec wykonawców negatywnych konsekwencji nie zaoferowania urządzeń w pełni zgodnych z treścią tego dokumentu. Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy rola Załącznika nr 13 może budzić wątpliwości, a tak jest w przedmiotowym postępowaniu, badanie zgodności ofert z treścią tego Załącznika byłoby działaniem nieuprawnionym. Należy bowiem zauważyć, że wymogi, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, powinny zostać określone w sposób nie budzący wątpliwości. W sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu, w którym treść Specyfikacji nie pozwala stwierdzić, że oferowany przedmiot zamówienia powinien spełniać wymagania opisane w Załączniku nr 13 do SIWZ, badanie ofert w zakresie zgodności treści oferty z treścią ww. Załącznika stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego zostały oparte na twierdzeniu, że wykonawcy Konsorcjum NIKMAR oraz LEVADA Sp. z o.o. zaoferowali

przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 13 do SIWZ oraz że złożone przez tych wykonawców dokumenty nie potwierdzają zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z ww. wymogami. Odwołujący w swojej argumentacji powoływał się co prawda także na Załącznik nr 1 do SIWZ, jednak wymogi, co do których zarzuca niezgodność ofert z treścią SIWZ zawarte zostały wyłącznie w Załączniku nr 13.

Z uwagi na stwierdzenie przez Izbę, że wymagania Załącznika nr 13 do SIWZ, na których oparto zarzuty, nie były wiążące, brak jest także podstaw do uznania, że ocena przez Zamawiającego ofert w przedmiotowym zakresie została dokonana niezgodnie z przywołanymi przez Odwołującego przepisami ustawy Pzp. Skoro wymagania dotyczące gabarytów i budowy kotła nie stanowiły podstaw do oceny ofert, brak też jest podstaw do stwierdzenia, że karta katalogowa powinna zawierać informacje o ww. parametrach. Dodatkowo, wskazać należy, że zgodnie z treścią Rozdziału XII pkt 11 pkkt 7 karty katalogowe lub oświadczenia producenta miały pozwalać na ocenę ofert w zakresie technicznych kryteriów oceny ofert. W konsekwencji, nie zaistniały także podstawy do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak też do wykluczenia Konsorcjum NIKMAR z udziału w postępowaniu. Brak jest bowiem podstaw do uznania, że złożone w karcie katalogowej oświadczenie, że oferowane urządzenia spełniają parametry określone w OPZ i posiadają dokumenty potwierdzające ich spełnienie nie odpowiadają prawdzie.

Z uwagi na powyższe, Izba przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba nie wzięła pod uwagę dokumentacji złożonej w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2470/19. Dowodu w przedmiotowej sprawie nie mogą także stanowić złożone przez Zamawiającego Karty Udziału w Projekcie RPO WP 3.1 wypełnione przez mieszkańców, jako że nie stanowią one części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zostały udostępnione wykonawcom przed terminem składania ofert.

Mając na uwadze, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie potwierdziły się, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący :** .....