

Sygn. KIO 2642/20

Sygn. KIO 2649/20

WYROK
z dnia 16 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Członkowie: Emilia Garbala

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2020 roku w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2020 roku przez:

1. wykonawcę **G. S, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany ULBUD G. S., ul. Botaniczna 26/16, 42-216 Częstochowa** (sygn. KIO 2642/20),

2. wykonawcę **Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa** (sygn. KIO 2649/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę i Miasto Koziegłowy, pl. Moniuszki 14, 42-350 Koziegłowy,**

przy udziale wykonawców :

A. wykonawcy **Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2642/20 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **konsorcjum: INSTALBUDOTECH Sp. z o.o. Spółka komandytowa, PPHU INSTAL-BUDOTECH J. G., ul. Częstochowska 38c, 42-287 Kamienica** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2642/20 oraz KIO 2649/20 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. w zakresie odwołania o sygn. KIO 2642/20:

1a. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania z powodu jego uwzględnienia przez zamawiającego,

1b. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2b. zasądza od odwołującego Zakład Remontowo-Budowlany ULBUD G. S. na rzecz zamawiającego Gmina i Miasto Koziegłowy kwotę 4 024,53 zł (cztery tysiące zero dwadzieścia cztery złote 53/00) tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie/rozprawę.

3. w zakresie odwołania o sygn. KIO 2649/20:

3a. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez konsorcjum INSTALBUDOTECH Sp. z o.o. Spółka komandytowa, PPHU INSTAL-BUDOTECH J. G., ul. Częstochowska 38c, 42-287 Kamienica, wezwanie tegoż wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymogów SIWZ w zakresie parametrów objętych zarzutami odwołania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

4a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4b. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kwoty wpisu od odwołania oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Poznaniu.

Przewodniczący

Członkowie :

.....

Sygn. KIO 2642/20

Sygn. KIO 649/20

UZASADNIENIE

Gmina i Miasto Koziegłowy Plac Moniuszki 14, 42-350 Koziegłowy, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa ogniw fotowoltaicznych i pomp ciepła na terenie Gmin Koziegłowy i Siewierz celem poprawy jakości powietrza poprzez zwiększenie udziału OZE w wytwarzaniu energii* (znak sprawy: RiGK. 271.08.2018). Postępowanie zostało podzielone na dwie części. Przedmiotowe odwołania zostały wniesione od czynności zamawiającego w cz. II postępowania. Wszczęcie postępowania zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29.05.2018 r. nr 2018/S 100-227641.

W dniu 10 października 2020 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w obu częściach postępowania oraz o wykluczeniu i odrzuceniu ofert wykonawców. W postępowaniu oferty złożyło 12 wykonawców, a trzech z nich wniosło odwołanie od tej czynności zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wykonawca Sanito sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa (KIO 2648/20) wniósł odwołanie, kwestionując wybór i ocenę ofert w obu częściach postępowania. Jednakże wykonawca ten wycofał swoje odwołanie, a Izba wydała w dniu 14 grudnia 2020 r. postanowienie o umorzeniu tego postępowania.

Kolejne dwa odwołania objęte przedmiotowym postępowaniem zostały wniesione przez wykonawców: 1) Zakład Remontowo - Budowlany ULBUD G. S. ul. Botaniczna 26/16, 42-200 Częstochowa (KIO 2642/20) oraz 2) Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa.

Odwołanie wykonawcy: Zakład Remontowo - Budowlany ULBUD G. S. ul. Botaniczna 26/16, 42-200 Częstochowa (KIO 2642/20).

Wykonawca ten, zwany dalej „odwołującym” lub „odwołującym ULBUD”, we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i tym samym naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- b. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c. powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,
- d. uznanie oferty odwołującego za najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert.

Na wstępie wskazał, że zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego podał, że podstawą tej czynności była niezgodność treści złożonej oferty z wymaganiami z uwagi na fakt, iż zaoferowane pompy ciepła nie spełniają parametrów technicznych wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający stwierdził, że współczynnik COP oferowanych pomp nie odpowiada współczynnikom wynikającym z raportów z badań.

Odwołujący podał, że czynność odrzucenia jego oferty dokonana została z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, gdyż nieprawdziwe jest stanowisko zamawiającego, że oferowana pompa o mocy min. 20 kW generuje większy pobór mocy niż został dopuszczony w SIWZ. Odwołujący podał, że przy wymogu, aby pompa ta miała maksymalny pobór mocy w wysokości nie większej 4,5 kW, zaoferował pompę Dimplex SI 22 TU, której maksymalny pobór wynosił 5,32 kW. Podkreślił, że maksymalny pobór mocy dla pompy 20 kW na poziomie 4,5 kW jest sprzeczny z dokumentacją przetargową. PFU w odniesieniu do pomp ciepła wymagało spełnienia minimalnego parametru COP na poziomie min. 4,23, co wynikało z Tabeli nr 1. – wymagania szczegółowe dotyczące pomp ciepła. Nadmieniał, że współczynnik COP definiujemy w sposób następujący: całkowita moc cieplna dzielona przez pobieraną moc elektryczną. Zgodnie z wyliczeniami opartymi o treść odpowiedzi na pytanie 31 współczynnik COP jest większy od 4,23, a maksymalny pobór mocy elektrycznej jest nieosiągalny dla urządzeń które spełniałyby wymagania PFU. Niezrozumiałe zdaniem odwołującego jest ponadto obniżenie wymaganego współczynnika COP aż do 3,85 w przypadku pomp ciepła o mocy 15 i 30 kW, co wiąże się ze znacznym podniesieniem maksymalnego poboru mocy elektrycznej przekraczającego wymagania PFU i znacznego spadku efektywności energetycznej. Prowadzi to do zwiększenia kosztów eksploatacji i pogorszenia efektu ekologicznego. Podkreślił, że do oceny sprawności i ekonomiczności pomp ciepła stosuje się współczynnik COP, a nie konkretną wartość poboru mocy elektrycznej. Proponowana w ofercie odwołującego pompa SI 22TU posiada wyższą moc grzewczą od wymaganej oraz wyższy wskaźnik COP od wymaganego dla B0/W35 - moc 22,946 kW, COP 4,31. Wyższy wskaźnik COP świadczy o mniejszym zużyciu energii elektrycznej przez urządzenie. Natomiast większa moc przekłada się na krótszy czas pracy w skali całego sezonu grzewczego. Chwilowy pobór mocy elektrycznej większej pompy ciepła jest większy niż pompy mniejszej, ale ze względu na krótszy czas pracy w sezonie grzewczym, układ w ogólnym bilansie zużywa mniej energii elektrycznej i uzyskuje lepszy efekt ekologiczny.

Podkreślił, że zdaniem odwołującego maksymalne pobory mocy elektrycznej z odpowiedzi na pytanie 31 są sprzeczne z wymaganiami PFU. Oferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wymagania PFU i zapewnia bardziej ekonomiczną pracę oraz lepszy efekt ekologiczny niż minimalne wymagania określone przez Zamawiającego w

PFU. Odnosząc się do parametrów zaoferowanej pompy ciepła S0/W35 podał, że zgodnie z przyjętymi zasadami pomiaru, w raporcie z badań pompy SI35 podano wynik osiągniętej mocy na poziomie 34,85 kW jako średni wynikający z metodologii badawczej. Badania pomp ciepła pod kątem przyznania certyfikatu jakościowego EHPAQ przeprowadzane są poprzez akredytowane laboratoria, na podstawie wytycznych Europejskiego Stowarzyszenia Pomp Ciepła EHPA oraz norm serii EN14511.

Regulacja EHPA w sprawie badań, podaje zakresy tolerancji w odniesieniu do podawanych przez producentów parametrów pracy urządzeń (wydajność i współczynnik COP). Zgodnie z pkt 6.4 1. przywołanej Regulacji uznaje się, że „*Podane parametry pracy określone w Tabeli 2 uważane są za potwierdzone, jeżeli ich wartości nie odbiegają o ponad +5% od ustalonych w drodze pomiarów wartości wydajności i współczynnika COP*”. W tym zakresie powołał się również na obliczenia odchyłki pomiarowej dla pompy ciepła, wykonane przez dr hab. inż. Leszka Pajęka na podstawie wytycznych normowych wskazując, że mieści się w tym przedziale mocy pompa ciepła SI35TU. Zgodnie z Dyrektywą Unijną 2010/30/UE otrzymała ona etykietę energetyczną, która potwierdza jej wysoką klasę A+++ dla temperatury zasilania instalacji 35°C. Dodał, że zarówno etykieta energetyczna, jak i tabela danych technicznych na podstawie których wyznaczana jest klasa energetyczna została opracowana na podstawie unijnego rozporządzenia 811/2013. Metodyka przedstawiania parametru mocy grzewczej urządzenia na etykiecie i w tabeli danych pozwala na zaokrąglenie tej wartości do pełnego kilowata (w tym wypadku 35 kW).

Reasumując swoje stanowisko w zakresie podniesionego zarzutu podał, że pompa ciepła SI35TU posiada międzynarodowy znak jakości EHPA Q wydawany przez Europejskie Stowarzyszenie Pomp Ciepła (European Heat Pump Association) i ratyfikowane przez Polską Organizację Pomp Ciepła (PORT PC). Przyznanie certyfikatu jakościowego odbywa się na podstawie wspomnianej już Regulacji EHPA, która określa terminy i definicje, warunki i rodzaje badań oraz inne wymagania, które warunkują przyznanie Znak jakości EHPA Q. Regulacja EHPA w zakresie badania wydajności grzewczej pompy ciepła przywołują normę EN 14511-3, która jest również Polską Normą. Wskazana w normie niepewność pomiarowa mocy grzewczej na poziomie 5% uwzględniona została również w Regulacji EHPA odnośnie certyfikatu jakościowego EHPA Q. Niepewność pomiarowa 5% w odniesieniu do wartości 34,85 kW oznacza przedział od 33,33 do 36,37 kW. Taka odchyłka (wynikająca z braku nieskończenie dokładnych instrumentów pomiarowych) mocy i COP jest w pełni dopuszczalna przez normę i stowarzyszenie EHPA. Powyższe oznacza, że zaoferowana pompa w pełni odpowiada wymaganiom określonym w przedmiotowym postępowaniu i jest zgodna z SIWZ. Pompa ciepła SI35TU wg raportu z badań, które obarczone są wyżej wskazanymi ryzykami pomiarowymi posiada parametry:

- pomiar mocy grzewczej przy parametrze S0/W35 - 34,85 kW

- pobór mocy eklektycznej przy parametrze S0/W35 - 7,33 kW

Proponowane przez odwołującego urządzenie zużywa o 1117 W mniej energii od dopuszczanego w postępowaniu, jak również o 580 W mniej od wybranej oferty. Zarzucaną odwołującemu różnicę 150 W można uzupełnić choćby grzałką akwariową, a i tak efekt ekologiczny i ekonomia pracy pompy będzie w takim zestawie lepszy i bardziej wydajny od zaoferowanej przez wybranego wykonawcę.

Podniósł także, iż nawet gdyby przyjąć zarzucane przez zamawiającego niezgodności, to zdaniem odwołującego w takiej sytuacji zamawiający miał obowiązek dokonać poprawy oferty w trybie określonym w art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, czego z niezrozumiałych przyczyn zaniechał, kwalifikując rzekomą niezgodność jako podstawę odrzucenia oferty. Nadto zamawiający nie zbadał okoliczności sprawy w sposób należyty, w szczególności nie podjął żadnych czynności zmierzających do wyjaśnienia stwierdzonych rzekomych rozbieżności w treści oferty, co — w ocenie odwołującego - skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty w pełni odpowiadającej treści SIWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Na wstępie wskazał, że zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty podał, że podstawą odrzucenia oferty było zaproponowanie przez wykonawcę pompy ciepła, która nie spełnia parametrów technicznych wymaganych w dokumentacji technicznej. Zaoferowana przez odwołującego pompa c.o. i c. w. u o mocy min. 20 kW, dla której zamawiający wymagał, aby maksymalna moc poboru nie przekraczała wartości 4,5 kW, a odwołujący zaoferował maksymalną moc poboru na poziomie 5,32 kW, a także aby minimalna moc grzewcza wynosiła nie mniej niż 35 kW, a odwołujący zaoferował minimalną moc grzewczą na poziomie 34,8 kW, co jest niezgodne z treścią SIWZ i stanowiło podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podał, iż w ramach postępowania, w odniesieniu do pomp ciepła określone zostały trzy parametry, których spełnienia zamawiający wymagał, a które następnie weryfikowane były na poziomie oceny złożonych w toku postępowania ofert. Czynniki te to:

- > Maksymalna moc poboru energii elektrycznej,
- > Minimalna moc grzewcza,
- > Współczynnik COP określający relację pomiędzy maksymalną mocą poboru energii elektrycznej, a minimalną mocą grzewczą pompy ciepła tj. tzw. współczynnik wydajności (efektywności pracy pompy ciepła), w ramach którego brane są pod uwagę również inne czynniki jak temperatura.

Określenie właściwych parametrów dla poszczególnych pomp ciepła nie budziło wątpliwości wykonawców, w tym odwołującego, który na etapie przygotowania do złożenia oferty w Postępowaniu nie kierował względem zamawiającego pytań i nie wnosił o dokonanie żadnych zmian dokumentacji przetargowej w tym zakresie po wprowadzeniu do

dokumentacji obok współczynnika COP pozostałych, spośród wyżej wskazanych, parametrów, jako wymaganych. Wyżej wskazane parametry oferowane pompy ciepła winny spełniać łącznie tj. nie ma możliwości zastąpienia spełnienia jednego z wyżej wskazanych parametrów, za pomocą pozostałych parametrów.

Zdaniem zamawiającego, wszelkie ewentualne zarzuty odwołującego w tym względzie, uznać należy za spóźnione oraz uznać je, jako próbę pośredniego postawienia zarzutów względem nie tyle samej czynności odrzucenia jego oferty, co względem dokumentacji przetargowej, co na obecnym etapie postępowania winno zostać uznane za działanie spóźnione, a jako takie nie mogące korzystać z ochrony prawa.

Nadto podał, że przedstawiona względem omawianej podstawy odrzucenia oferty odwołującego argumentacja, budzi jego zdziwienie, gdyż nie odnosi się w ogóle do uzasadnienia odrzucenia jego oferty ani parametru, jakim jest maksymalna moc poboru energii elektrycznej. W szczególności odwołujący nie wyjaśnia, jak kwestie związane z przyjętym współczynnikiem COP mają się do kwestii związanych z założoną maksymalną mocą poboru energii elektrycznej. Zauważył, że odwołujący w przedstawionej w odwołaniu tabeli, na podstawie której próbuje wykazać rzekomą wadliwość przyjętych wartości dla współczynnika COP oblicza go wyłącznie dla poszczególnych wartości, nie zaś dla wszystkich możliwych ich konfiguracji, w odniesieniu do których parametr ten w postępowaniu musiał zostać osiągnięty. Zamawiający wyjaśniał, że parametr w postaci współczynnika COP oraz parametr w postaci maksymalnej mocy poboru energii elektrycznej stanowią parametry odrębnie weryfikowane przez zamawiającego w toku Postępowania, które muszą być spełnione niezależnie od osiągnięcia współczynnika COP na danym poziomie. Odwołujący w odwołaniu nie kwestionuje ustalonego w SIWZ parametru maksymalnej mocy poboru energii elektrycznej, który dla tej pompy ciepła określono na wartość 4,5 kW. Parametr ten nie jest parametrem osiąganym przez zaoferowaną przez odwołującego pompę ciepła tj. DIMPLEX SI 22 TU, dla której moc ta określona została na 5,32 kW, czego odwołujący w ogóle nie kwestionuje, a tym samym okoliczność tę uznać należy za przyznaną przez niego i bezsporną pomiędzy stronami. Mając na względzie treści dokumentacji postępowania, nie może budzić wątpliwości, że wszystkie zaoferowane pompy ciepła muszą spełniać wszystkie trzy określone dla nich parametry, tj:

- > Maksymalną moc poboru energii elektrycznej,
- > Minimalną moc grzewczą,
- > Współczynnik COP

czego oferta odwołującego w odniesieniu do pompy ciepła c.o. i c.w. u o mocy min. 20 kW bezsprzecznie nie spełnia w zakresie parametru, z ww. tiretu 1. Podkreślił, że w takich okolicznościach, niezależnie od dalszej argumentacji odwołującego, samodzielnie zaistniały podstawy do odrzucenia tej oferty, co zamawiający, prawidłowo dokonując jej oceny, uczynił.

Odnosnie zarzutów odwołania w odniesieniu oferowanej pompy ciepła c.o. i c.w. u o mocy min. 35 kW, dla której zamawiający wymagał, aby minimalna moc grzewcza wynosiła nie mniej niż 35 kW, a w odniesieniu do której odwołujący zaoferował minimalną moc grzewczą na poziomie 34,8 kW, to odwołujący, podobnie jak w odniesieniu do wyżej omawianego przekroczenia maksymalnej mocy poboru, nie kwestionuje wynikającej z badań wartości tj. 34,8 kW, a jedynie szeroko wywodzi o konieczności jej niejako zaokrąglenia w górę, a to z uwagi na dopuszczalną sumaryczną odchyłkę od obliczeń na poziomie +5%.

W odniesieniu do powyższego zamawiający podał, że wedle jego wiedzy oznaczone przez odwołującego tolerancje i wartości dopuszczalnych odchyłek, uwzględniane są już w ramach prowadzonych badań (a zatem mieszczą się w wynikającej z nich średniej na poziomie 34,8 kW), nie mogą zatem zostać niejako ponownie nałożone na ich wynik, co odwołujący zdaje się w treści odwołania sugerować. Dalej podał, że przywołana przez odwołującego norma tj. EN-14511 przewiduje minimalną moc ciepną na poziomie 35 kW nie przewidując w tym zakresie żadnych odchyłek tudzież tolerancji. Zamawiający przyznaje, że według jego najlepszej wiedzy, dla niektórych norm tolerancje takie i odchylenia są wyraźnie w ich treści przewidziane, jednakże nie znajduje to zastosowania w odniesieniu do przywołanej normy. Zresztą zamawiający zauważył, że odwołujący wprost takiego postanowienia powołanej normy nie przedstawia, odnosząc się jedynie do Regulacji EHPA w sprawie badania przez producentów parametrów pracy urządzeń (tu ponownie zamawiający podkreśla, że odnosi się to do etapu badania, tj. ujęte zostało już w ramach przedstawionego ich wyniku tj. 34,8 kW).

Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający zauważa, że owe maksymalne 5% odchylenia w odniesieniu do uzyskanego wyniku 34,8, nie może być interpretowane jedynie na korzyść wykonawcy tj. poprzez przyjęcie, że stanowi podstawę do odpowiedniego przyjęcia powiększenia wartości uzyskanej w wyniku przeprowadzonych badań. Należy bowiem pamiętać, że tolerancja to nie wyłącznie „+”, ale „+” i „-„. Gdyby zaś, jak argumentuje odwołujący, zamawiający miał takową tolerancję przyjmować, to z jakiego względu miałby oceniać ją wyłącznie w sposób w danym wypadku dla wykonawcy korzystny, nie uwzględniając sytuacji, że wystąpienie tolerancji „-„ w analizowanej sprawie, jeszcze bardziej pogorszyłoby osiągnany wynik (byłby on wtedy na poziomie około 33kW), a tym samym zamawiający miałby dopuszczać produkt, który potencjalnie w większym jeszcze zakresie odbiega od ustalonych przez niego parametrów. Takie działanie w ocenie zamawiającego, wobec wyraźnego określenia parametrów w treści dokumentacji przetargowej, która nie wskazuje na żadne dopuszczalne tolerancje, stanowiłoby o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych tj. do braku przejrzystości postępowania oraz naruszenia konkurencyjności i zasady uczciwej konkurencji.

Reasumując podał, iż jak wskazano powyżej, oferowana pompa, aby spełniała określone przez zamawiającego wymagania, musi spełniać je ściśle dla każdego z określonych parametrów, czego w odniesieniu do minimalnej mocy grzewczej urządzenia zaoferowana pompa ciepła DIMPLEX SI 35 TU, niewątpliwie nie spełnia.

Do postępowania po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy: 1) Sanito sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa, 2) Konsorcjum w składzie INSTALBUDOTECH Sp. z o.o. sp. k. (Lider) , PPHU INSTAL-BUDOTECH J. G. (Partner) ul. Częstochowska 38c, 42-287 Kamienica oraz 3) Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa.

W nawiązaniu do opozycji zamawiającego co do przystąpienia wykonawcy Sanito sp. z o.o. Izba uwzględniła opozycję. Nadto nikt nie stawiał się za tego wykonawcę zgłaszającego przystąpienie na posiedzenie Izby. Natomiast Izba dopuściła do postępowania odwoławczego jako uczestnika postępowania konsorcjum INSTALBUDOTECH oraz Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k.

Przystępujący konsorcjum INSTALBUDOTECH w swoim stanowisku poparł stanowisko zamawiającego oraz podał, że odwołujący ULBUD nie formułuje żadnych zarzutów względem przystępującego i tym samym przystępujący na tym etapie nie ma podstaw, aby przedstawiać zarzuty względem oferty odwołującego.

Przystępujący Eco-Team Sp. z o.o. na rozprawie poparł stanowisko zamawiającego i podniósł, iż sama treść odwołania w sposób jednoznaczny pokazuje, że złożona oferta nie spełnia wymagań SIWZ, a dla wytłumaczenia tych niezgodności odwołujący próbuje na etapie rozprawy kwestionować treść postanowień PFU. Podkreślił, że nie jest zasadne twierdzenie, że im pompa ciepła jest o wyższej mocy, to w okresie całego roku w rzeczywistości pobór energii będzie mniejszy. Podał, że zamawiający ustalił pewne parametry pomp, w oparciu o które będzie oceniał oferty i te parametry muszą być ściśle przestrzegane. Nie jest dopuszczalne, aby wykonawca na etapie składania ofert przyjmował możliwość przekroczenia jednego z parametrów pomp, uzasadniając to efektywnością zaoferowanego rozwiązania. Zauważył także, iż niewątpliwym jest, że w ramach wskazanych w PFU wymagań co do mocy grzewczej, poboru energii elektrycznej i współczynnika COP nie wszystkie występujące na rynku pompy, będą spełniały te wymagania. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku oferty odwołującego, gdzie zaoferowana pompa takiego wymagania nie spełnia. Wymagania zamawiającego w tym zakresie, wydają się być zdaniem przystępującego jednoznaczne, gdyż żaden z wykonawców po 7 maja 2020 roku, kiedy zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, pytań w tym zakresie nie składał.

Odwołanie Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa (sygn. KIO 2649/20).

Wykonawca ten zwany dalej „odwołującym Eco - Team” we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu zaniechanie:

odrzucenia oferty konsorcjum INSTALBUDOTECH Sp. z o.o., która to oferta została uznana najkorzystniejszą w części drugiej postępowania oraz zaniechania wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w postaci kart katalogowych, z powodu braku potwierdzenia tymi dokumentami wszystkich parametrów oferowanych w części 2 urządzeń.

Podnosząc powyższe wskazał, iż czynność zamawiającego spowodowała naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie w jakim Wykonawca nie przedstawił kart katalogowych potwierdzających spełnianie parametrów przez oferowane produkty;
2. w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która powinna być odrzucona z uwagi na niespełnianie parametrów, a nadto wykonawca powinien być wykluczony z postępowania i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego mimo, iż oferta tego wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu,
3. w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, którego oferta nie spełniała wymagań postawionych w SIWZ i w opisie przedmiotu zamówienia.

Stawiając ww. zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty konsorcjum z uwagi na niespełnienie parametrów przez zaoferowane pompy ciepła.

Odwołujący uzasadniając postawione zarzuty podał, że w dniu 5 października 2020 roku otrzymał informacje o wyborze oferty konsorcjum Instalbudotech sp. z o.o. Z takim wyborem według odwołującego nie sposób się zgodzić, albowiem oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niespełniająca wymagań SIWZ co do parametrów pomp ciepła wymaganych przez zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie z treścią zaktualizowanego Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU aktualizacja)-strona 11 Tabela nr 1 Zamawiający wymagał aby współczynnik COP dla parametrów B0/W55 wynosił 2,85. Określony przez zamawiającego współczynnik COP oznacza współczynnik wydajności pomp ciepła. Im zatem współczynnik ten jest wyższy, tym całość urządzenia jest lepsza.

Konsorcjum pismem z dnia 10 września 2020 roku zobligowane zostało na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie parametrów wymaganych przez zamawiającego - w tym zgodnie z punktem 3.5 wezwania: dokumentów dla pomp ciepła - kart katalogowych potwierdzających parametry, oświadczenia producenta o gwarancji, a także certyfikatów potwierdzających wartości współczynnika COP zmierzonego zgodnie z normą PN-EN 14511 lub certyfikatu potwierdzającego wartość współczynnika COP zmierzonego zgodnie z normą PN - EN 16177. Zgodnie z zastrzeżeniem zamawiającego z certyfikatów miała wynikać wartość wymaganego współczynnika COP, a w przypadku braku do certyfikatu należało dołączyć raport z badań potwierdzający wymagane współczynniki COP. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum złożyło sprawozdania, z których w sposób jednoznaczny wynika że żadna z zaoferowanych pomp ciepła nie spełnia wymogu minimalnej wartości współczynnika COP dla parametrów B0/W55 bowiem wynosi ona odpowiednio:

Dla zaoferowanej pompy WPF 10 M - 2,46, wg. PFU winno być 2,85

Dla zaoferowane pompy WPF 13 M - 2.63, wg. PFU winno być 2.85

Dla zaoferowane pompy WPF 16 M - 2.46, wg. PFU winno być 2,85

Poza powyższymi niezgodnościami pompy nie spełniają również postawionych przez zamawiającego wymagań w zakresie maksymalnego poboru mocy elektrycznej przez pompę ciepła dla parametrów S0/W35. Zgodnie z modyfikacją PFU dla części 2 dokonaną w dniu 07 maja 2020 roku na skutek odpowiedzi na pytanie 31, pobór mocy elektrycznej dla oferowanych pomp ciepła na cele c.o i c.w.u winien wynosić odpowiednio dla mocy 10 kW - 2,2 kW, 15 kW - 3,9 kW, 20 kW-4,5 kW, 25 kW - 5,7 kW, 30 kW - 7,8 kW, 35 kW-8,5 kW.

Z załączonego sprawozdania natomiast (str. 12 sprawozdania tabela) wynika, że pompy o mocach 10 kW oraz 30 kW posiadają moce elektryczne przewyższające wymogi zamawiającego tj. pompa WPF 10 M posiada moc elektryczną na poziomie 2,23 a nie 2,2 kW, kaskada dwóch pomp WPF16 M posiada łączny pobór mocy na poziomie 7,82 a nie jak wymagał Zamawiający 7,8 kW.

Konsorcjum zaoferowało w postępowaniu pompy ciepła powietrze-woda pracujące na cele c.w.u typ SHP-F300X Premium, które nie spełniają wymagania co do parametru maksymalnego ciśnienia zbiornika oraz maksymalnej temperatury pracy zbiornika.

Zgodnie z informacjami zawartymi na stronie 11 PFU (plik 8. PFU c.w.u) zamawiający wymagał aby zbiornik c.w.u posiadał maksymalne ciśnienie robocze na poziomie 1 MPa. Z dostarczonych danych technicznych złożonych przez Konsorcjum wynika, że zaoferowana pompa ciepła posiada maksymalne dopuszczalne ciśnienie robocze na poziomie 0,8 MPa a więc mniejsze niż wymagane ciśnienie robocze zasobnika.

Zaoferowane pompy nie spełniają również wymagań odnośnie maksymalnej temperatury pracy zbiornika - na poziomie 100C. Z dostarczonych przez konsorcjum danych

technicznych wynika, że pompa posiada ograniczenie temperatury do temperatury maksymalnej na poziomie 92 °C a więc mniejszym niż wymagał zamawiający.

Podkreślił, że zamawiający wskazał jednocześnie w SIWZ - rozdział III punkt 3.5, że wymagał odnośnie pomp ciepła zaferowania zbiornika buforowego, układu sterowania i automatyki złożenia kart katalogowych potwierdzających spełnianie wymaganych parametrów. Tymczasem z dokumentów złożonych w postępowaniu przez Konsorcjum nie wynikają parametry w zakresie maksymalnego ciśnienia pracy wężownicy, gdzie określono w PFU wymaganie 1,6 MPa i maksymalnej temperatury pracy wężownicy gdzie w SIWZ określono ją na poziomie max. 110 stopni Celsjusza.

Reasumując powyższe stanowisko w sprawie oferty wybranej podał, że w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z niezgodnością w merytorycznym aspekcie treści oferty poprzez zaferowanie produktu niespełniającego wymagań określonych przez zamawiającego, co determinuje stwierdzenie, że oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do postawionego zamawiającemu zarzutu zaniechania zastosowania wobec oferty wybranej przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podał, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO „zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z SIWZ. To z kolei warto określić poprzez konfrontację oferty z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia”. Nadto, przywołując wyrok KIO z 6 listopada 2017 r. (KIO 2165/17, LEX nr 2408990) wskazał, że „Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów”. Wobec powyższego, zarzut ten powinien zostać odrzucony, jako niespełniający warunków formalnych wynikających z art. 180 ust. 3 Pzp, względnie oddalony z uwagi na brak jego należytego skonstruowania poprzez jego precyzyjne określenie, a co za tym idzie, zakreślenie zakresu zaskarżenia. Konsekwencją niemożności wykazania uzasadnienia zarzutu w okolicznościach faktycznych sprawy, jest nieudowodnienie przez odwołującego, na którym spoczywa w tym zakresie ciężar dowodowy, zaistnienia wskazanego naruszenia.

Wskazać należy na przedwczesność zarzutu podniesionego przez odwołującego. Podał, że nawet jeżeli zamawiający stwierdziłby wątpliwości, które podnosi odwołujący, a dotyczące wartości COP dla parametru B0/W55 wg. normy PN-EN 14511 o wartości 2,85, czemu

zamawiający przeczy, to winien on w pierwszej kolejności wezwać Konsorcjum do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Tym samym zarzut ten powinien zostać oddalony również z uwagi na jego przedwcześnieść.

Odnosząc się do rzekomej niezgodności oferty wybranej z treścią SIWZ podał, że podana tam wartość wskaźnika B0/W55 - 2,85 dotyczy normy PN-EN 14511. Jednakże - jak sam potwierdza odwołujący - zamawiający w swoim wezwaniu z dnia 10 września 2020 r. wezwał Konsorcjum do przedstawienia certyfikatów potwierdzających wartość współczynnika COP zmierzonego zgodnie z normą PN-EN 14511 lub certyfikat potwierdzający wartość współczynnika COP zmierzonego zgodnie z normą PN-EN 16177, którego wartość stosownie do postanowień dokumentacji postępowania zamawiający określił „wg EN 16147 (A20/W10-55) na COP 3,7” (str. 9, PROGRAM FUNKCJONALNO- UŻYTKOWY „Montaż instalacji powietrznych pomp ciepła do ciepłej wody użytkowej w Gminie Koziegłowy”).

W wyniku odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego z 10 września 2020 r. Konsorcjum złożyło obszerną dokumentację dotyczącą szczegółów złożonej oferty - a szczególności podlegających ocenie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, w tym właściwe certyfikaty wydane zgodnie z wyżej oznaczonymi normami.

W odniesieniu do oznaczonego przez odwołującego parametru w postaci wartości wskaźnika B0/W55 wskazać należy, że wskaźnik ten ma charakter dodatkowy, niejako uzupełniający i nie jest kluczowym parametrem dla oceny objętych przedmiotem postępowania pomp ciepła. Jak bowiem wynika wprost z treści samej normy PN-EN 14511 tj. normy kluczowej dla pomp ciepła, wiodącym i podstawowym wskaźnikiem dla ich oceny jest wskaźnik wartość wskaźnika B0/W35, bowiem wartość ta ma podstawowe znaczenie dla działania pompy ciepła i efektywności działania układów grzewczych. W odniesieniu do powyższego wyjaśnił, że badana m.in. przy uwzględnieniu tego wskaźnika pompa ciepła oferowana przez Konsorcjum spełnia wymagania określone w SIWZ i uzyskała właściwe certyfikaty okoliczności te potwierdzające. Na kluczowe znaczenie wskaźnika B0/W55 wskazuje również sam zamawiający w dokumentacji przetargowej, uznając ten wskaźnik jako podstawę oceny ofert w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, co uwypukla jeszcze modyfikacja 14 SIWZ z dnia 6 kwietnia 2020 r., zgodnie z treścią której zamawiający określił pozacenowe kryteria oceny ofert.

Wskaźnik B0/W55 jest, jw. wskaźnikiem uzupełniającym, jednakże jest kluczowy dla oceny przydatności pomp ciepła do celu wynikającego z dokumentacji przetargowej i jego zgodności z potrzebami i założeniami jest wskaźnik B0/W35. Tym samym spełnienie tego wskaźnika i uzyskanie właściwego potwierdzenia uzyskiwania przez pompy ciepła parametrów wymaganych przez zamawiającego zgodnie z przywołanymi w SIWZ normami za pomocą właściwych certyfikatów i zaświadczeń, jest wystarczające dla oceny, że oferta Konsorcjum jest zgodna z SIWZ, co też zamawiający prawidłowo w niniejszej sprawie ocenił.

Oferta Konsorcjum spełnia wymóg określony jako kryterium oceny ofert, osiąga podstawowy dla oceny pomp ciepła wskaźnik tj. B0/W35, który to wskaźnik zgodnie z treścią powołanych w SIWZ norm ma charakter podstawowy i kluczowy dla ich oceny, a prawidłowość w tym zakresie potwierdza uzyskanie właściwego certyfikatu, nie może budzić wątpliwości, że przedstawiona przez Konsorcjum dokumentacja techniczna dotycząca stosowanej techniki inwertorowej pomp, daje gwarancję, że oferowane rozwiązanie jest nie gorsze niż opisane w PFU, w ocenie zamawiającego nie ma podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum. Odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 5 z 30 czerwca 2020 r. jest również aktualna, co do mocy elektrycznej pompy WPF 10 M oraz kaskady dwóch pomp WPF 16, co potwierdza według odwołującego poprawność oceny oferty. W pierwszym względzie wskazać należy, że wartości z badań po zaokrągleniu matematycznym dają nam wynik, których wymagał Zamawiający - 2,23 kW \approx 2,2 kW, zaś kaskada pomp łączny pobór mocy 7,82 kW \approx 7,8 kW. Odchylenia te są minimalne, a wartości wskazywane w testach przeprowadzanych w warunkach laboratoryjnych dają dużo większą precyzację i w normalnych warunkach nigdy nie są osiągnane. Wskazać należy, że zamawiający nie wskazywał wartości, jako maksymalnych, ale jako oczekiwane.

Natomiast w odniesieniu do treści zarzutu dotyczącego zbiornika i wężownicy zamawiający wskazał na odpowiedzi na pytanie nr 26, aby zbiornik posiadał maksymalne ciśnienie robocze na poziomie 1MPa, natomiast z oferty wynika że zaoferowana pompa ciepła posiada maksymalne dopuszczalne ciśnienie robocze na poziomie 0,8 MPa. Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na ww. pytanie zamawiający dał jasny przekaz, że chodzi o maksymalne dopuszczalne ciśnienie robocze, a więc jeżeli wartość ta przewyższałaby wymagany przez zamawiającego można byłoby mówić o ofercie niezgodnej z wymogami SIWZ. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN maksymalny oznacza «możliwie najwyższy lub największy». Jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na wyżej przytoczone pytanie „wykonawca musi uzyskać wymagany efekt energetyczno-ekologiczny”, a skoro pompa SHP-F300 X PREMIUM osiąga zakładany przez Zamawiającego efekt, to trudno z tej okoliczności czynić skuteczny zarzut. Skoro dokumentacja złożona przez Konsorcjum potwierdziła parametry żądane przez zamawiającego, bądź wskazała, że proponowane rozwiązania są nie gorsze niż oczekuje zamawiający, to zarzut ten nie znalazł potwierdzenia w całości.

Podsumowując stanowisko w zakresie tego zarzutu podał, że odwołujący w tej sprawie przystąpił do zamawiającego po jego stronie w związku z odwołaniem wniesionym przez Sanito sp. z o.o., występującego w niniejszej sprawie jako przystępujący, nie ograniczając swego przystąpienia do części postępowania. Zauważyć zaś należy, że okoliczność wskaźnika B0/W55 podnoszona jest jako zarzut w odwołaniu Sanito sp. z o.o., zgodnie zaś z art. 185 ust. 5 Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie

mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Zaś instytucja sprzeciwu dotyczy całkowitego lub częściowego uznania odwołania przez zamawiającego, które to w niniejszej sprawie nie ma miejsca. Stwierdzić należy więc, że stanowiska odwołującego w tej mierze są sprzeczne i skoro w drugiej sprawie popiera on prawidłowość dokonania oceny oferty Konsorcjum, to należałoby przyjąć, że czynnością przystąpienia sam potwierdził, że zarzut ten nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych i prawnych.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu z art. 26 ust. 3 Pzp podał, że odwołujący wydaje się wskazywać, że zarzut ten dotyczy naruszenia rozdziału III pkt. 3.5. SIWZ dot. żądania zamawiającego do wskazania kart katalogowych potwierdzających spełnienie wymaganych parametrów w zakresie ciśnienia pracy wężownic. Wbrew twierdzeniom odwołującego dokumenty te zostały przedstawione przez Konsorcjum. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zarzut ów jest chybiony, albowiem karty katalogowe, co dopuszczalne było przez zamawiającego, przedłożone zostały na skierowane do Konsorcjum wezwanie, a tym samym brak jest faktycznych podstaw odwołania w odniesieniu do replikowanego zarzutu.

W nawiązaniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp podał, że zdaniem zamawiającego, odwołujący nie rozróżnia instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania od instytucji odrzucenia oferty. Wykluczenie dotyczy podmiotu, a więc wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast odrzucenie dotyczy przedmiotu, czyli oferty złożonej w postępowaniu. Mając na względzie powyższe okoliczności oraz te przedstawione w zakresie zarzutu, brak jest podstaw do uznania oferty Konsorcjum za podlegającą odrzuceniu z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, co skutkuje zdaniem zamawiającego iż podniesiony zarzut nie zasługuje na jego uwzględnienie. Odnosząc się zaś do samej kwestii braku wykluczenia wykonawcy z postępowania zamawiający wskazał, że odwołujący nie podał, dlaczego Konsorcjum winno być wykluczone z udziału w postępowaniu. Podkreślił, że zamawiający dokonał oceny oferty Konsorcjum, nie tylko z punktu widzenia przedmiotowego (a więc merytorycznej jej treści tj. zgodności z dokumentacją postępowania), ale również podmiotowej (a więc spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku przesłanek wykluczenia, zarówno obligatoryjnych, jak i fakultatywnych). W ocenie zamawiającego, w oparciu o przedstawioną dokumentację przez Konsorcjum nie istnieją żadne przesłanki do wykluczenia wykonawcy. Wobec powyższego zarzut ten, z uwagi na jego nie dowiedzenie, a także zbytnią ogólność oraz brak podstaw w stanie faktycznym winien być odrzucony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 i 3 Pzp podał, iż zarzut naruszenia zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wybór wykonawcy, którego oferta nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ i w opisie przedmiotu zamówienia jest konsekwencją zarzutów określonych w ad. 1-3. Mając na uwadze, że zarzuty te nie znajdują uzasadnienia w świetle przedstawionych okoliczności, również przedmiotowy zarzut winien zostać oddalony. Zauważył, że odwołujący wskazuje powyższy zarzut bez wykazania, w jaki sposób, zarzucone przez niego naruszenia stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji. W treści uzasadnienia odwołania próżno bowiem szukać jakiegokolwiek odwołania do przywołanej zasady.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca INSTALBUDOTECH sp. z o.o. odnosząc się do zarzutów odwołania kierowanych wobec jego oferty podał, że w zakresie zarzutu pierwszego odwołania, dotyczącego niespełniania wymogu minimalnej wartości współczynnika COP dla parametru pompy ciepła B0/W55 zarzut jest niezasadny. Przystępujący kwestionuje w pełni zarzut odwołującego o niezgodności oferowanych pomp ciepła z SIWZ, w zakresie współczynnika COP. Podał, że co do prawidłowości parametrów zaoferowanych pomp odniósł się w nawiązaniu do odwołania wykonawcy Sanito sp. z o.o..

Ze względu na wycofanie odwołania Sanito sp. z o.o. i umorzenie postępowania odwoławczego w tej sprawie, Izba uznała za zasadne przedstawienie stanowiska konsorcjum INSTALBUDOTECH przedstawionego przy odniesieniu się do zarzutów w zakresie pomp ciepła w odwołaniu Sanito sp. z o.o.

W tym zakresie konsorcjum podało, że wymagania zamawiającego w zakresie parametrów technicznych pomp ciepła ograniczają się do kilku punktów, z których część jest mniej istotna dla końcowego użytkownika i działania systemu grzewczego, albo wręcz w ogóle nieważna. Temperatura czynnika dolnego źródła, czy maksymalna dopuszczalna temperatura dolnego źródła nie mają większego znaczenia, natomiast klasa energetyczna urządzenia czy współczynnik COP przy zasilaniu 35°C zdecydowanie są już parametrami kluczowymi dla skutecznego działania urządzeń — pomp ciepła i realizowania przez nie zasadniczych funkcji grzewczych. Można stwierdzić, iż jednym z podstawowych parametrów z punktu widzenia efektywności działania układów grzewczych z zastosowaniem pomp ciepła jest współczynnik COP przy zasilaniu 35°C.

Odnosząc się do współczynnika COP podniósł, że współczynnik ten wskazuje, w jakim stopniu urządzenie grzewcze wykorzystuje ciepło pozyskane ze środowiska naturalnego w stosunku do zużytego prądu. Wartość współczynnika jest zawsze zmienna w zależności od warunków eksploatacyjnych. Podawany jest on zawsze wg normy PN-EN 14511 dla poszczególnych punktów pracy pompy ciepła. Podstawowym i zawsze wymaganym punktem pracy pomp gruntowych jest punkt B0/W35 (EN 14511), oznaczający efektywność pracy urządzenia przy temperaturze dolnego źródła (solanki) wynoszącym 0°C, i

niskotemperaturowym (35°C) w systemie grzewczym (górne źródło) w obiekcie. Pozostałe punkty pracy pompy ciepła — B0/W45, B0/W55, itd., podawane są również wg powyższej normy, natomiast nie są obligatoryjnie wymagane w kartach technicznych urządzeń. Zauważył, iż charakterystyka pracy pomp ciepła charakteryzuje się tym, że do pewnego momentu temperatury zewnętrznej praca pompy ciepła realizowana jest na parametrze zasilania 35°C, a zwiększenie tej temperatury następuje wskutek większych wymagań grzewczych w okresach coraz niższych temperatur zewnętrznych i konieczności zapewnienia instalacji grzewczej (np. grzejnikom) wyższego parametru zasilania, by osiągnąć wymagany efekt temperatury wewnętrznej.

Oznacza to, że praca pompy ciepła na poziomie temperatury 55°C jest zjawiskiem występującym stosunkowo rzadko przez cały okres grzewczy i przejściowym, zwłaszcza wobec zjawiska coraz cieplejszych zim albo ich zupełnego braku. Dla spełnienia tych wymogów przystępujący w ramach oferty złożonej w postępowaniu zobowiązał się do dostarczenia pomp marki STIEBEL ELTRON typ WPF 10 M, WPF 13 M oraz WPF 16 M. Zaoferowane przez przystępującego pompy ciepła typu WPF spełniają wymagane przez zamawiającego parametry, szczególnie w zakresie współczynnika efektywności COP. Jak zasadnie wskazuje producent w perspektywie średnio i długoterminowej zastosowanie konkretnych modeli pomp ciepła STIEBEL ELTRON WPF 10 M, WPF 13 M oraz WPF 16 M, nie tylko zapewni uzyskanie wszystkich wymaganych stosownymi zapisami PFU parametrów pracy, w tym stopnia efektywności COP dla punktu B0/W55, ale i je znacząco przewyższy dzięki zastosowaniu kaskadowania urządzeń w systemach grzewczych. Współczynnik COP dla punktu B0/W55 nie jest parametrem kluczowym w technologii pomp ciepła, albowiem pompa pracuje na znacznie niższych poziomach temperaturowych i dopiero w szczytowych oraz bardzo rzadkich momentach swojej pracy, osiąga te temperatury. Procentowa częstotliwość pracy pompy na wysokim parametrze temperaturowym 55°C jest pomijalna w toku całego procesu grzewczego i nie wpływa w żaden sposób na efektywność systemu grzewczego. Rzeczona oczekiwana tolerancja proponowanych parametrów technicznych urządzeń — a w naszym konkretnym przypadku mamy „deficyt” poziomu COP pomp ciepła dla punktu pracy B0/W55 na poziomie zaledwie od 0.05% do 0.25% w skali całorocznego okresu pracy pomp — powoduje, iż proponowane przez Przystępującego pompy ciepła typu WPF M spełniają wymagania techniczne opisane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Podkreślił, że zamawiający na etapie zmiany SIWZ z 06.04.2020 zmodyfikował pkt XIII. 1.2 i określił na nowo kryterium jakości z odniesieniem do poszczególnych rodzajów współczynników COP i przypisanych im wymaganych punktów pracy B0/W35, oraz zmodyfikował Formularz ofertowy w którym brak jest oczekiwania by wykonawcy na etapie składania ofert wskazywali na inny niż B0/W35 punkt pracy pomp ciepła. Zamawiający przez ponowne określenie kryteriów oceny ofert, oraz dalsze zmiany i wyjaśnienia, w sposób jasny

i zrozumiałby sformułował kryteria którymi będzie się kierował przy wyborze oferty. Wśród kryteriów tych brak parametrów punktu pracy pomp ciepła B0/W45, B0/W55, itp., co ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W kolejnym zarzucie w którym odwołujący podał, iż zaofertowane pompy ciepła nie spełniają postawionych przez zamawiającego wymagań w zakresie maksymalnego poboru mocy elektrycznej przez pompę ciepła dla parametrów SO/ W35, gdyż rzekomo z dokumentów przystępującego wynika, że pompy o mocach 10 kW oraz 30kW posiadają moce elektryczne przewyższające wymogi zamawiającego, tj. pompa WPF 10 AI posiada moc elektryczną na poziomie 2,23 a nie 2,2 kW, a kaskada dwóch pomp WPF 16M posiada łączny pobór mocy na poziomie 7,82 a nie jak wymagał Zamawiający 7,8 kW. Odnosząc się do powyższego wskazał, że oczekiwaniem zamawiającego, wyrażonym w piśmie z dnia 7 maja 2020 r. nr RIGK.271.08.2018, w odpowiedzi na pytanie nr 31 jest wskazanie przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, maksymalnych wartości poboru mocy w zaokrągleniu do pełnej dziesiątej. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, przedłożył zestawienie tabelaryczne oferowanych pomp, gdzie m.in. wskazał na pobór mocy, z podaniem wartości mocy pomp do dwóch miejsc po przecinku (liczba setna). Dokonując ich zaokrąglenia do liczby dziesiątej otrzymamy wartości zgodne z żądaniem Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie wykonawcy Zakład Remontowo-Budowlany ULBUD G. S. KIO 2642/20 jako niezasadne zostało oddalone.

Odwołanie wykonawcy Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że co do obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Interes odwołującego Zakład Remontowo-Budowlany ULBUD G. S. został zakwestionowany przez zamawiającego, który podał, że odwołujący nie wskazał w odwołaniu szczegółowo okoliczności faktycznych i podstaw prawnych, które kwestionuje, a sformułowane zarzuty są ogólne i tym samym zdaniem zamawiającego, odwołanie powinno zostać zwrócone. Nadto dodał, że mimo, iż brak jest postawienia zarzutu w tym kierunku to odwołanie ZR-B Ulbud zmierza w kierunku kwestionowania prawidłowości wymagań postawionych przez zamawiającego w SIWZ, a takie zarzuty nie mogą być wywodzone na

tym etapie postępowania, gdyż termin na kwestionowanie postanowień SIWZ już dawno upłynął. Odnosząc się do powyższej kwestii Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego uznając, że odwołanie pomimo, iż niewątpliwie w pewnym zakresie odnosi się do interpretacji treści SIWZ, to jednak jest wnoszone od konkretnej czynności zamawiającego, tj. odrzucenia jego oferty. Sama kwestia przywoływania nieprecyzyjnych – zdaniem odwołującego - postanowień SIWZ, nie czyni przedmiotowego odwołania niewystarczającym i podlegającym zwrotowi, jak też nie została ograniczona jego treści wyłącznie do kwestionowania postanowień SIWZ wraz z załącznikami.

Nawiązując do zgłoszonych przystąpień w obu odwołaniach podać należy, że po pierwsze, zamawiający zakwestionował brak interesu w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Sanito sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie do postępowania o sygn. KIO 2642/20 po stronie zamawiającego oraz KIO 2649/20 po stronie odwołującego. Natomiast, po drugie, odwołujący Ulbud podniósł, że nie otrzymał kopii przystąpienia od wykonawcy Sanito sp. z o.o. oraz Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k.

W zakresie zgłoszonego przystąpienia do obu postępowań przez Sanito sp. z o.o. zamawiający podniósł, że wykonawca ten, zgłaszając przystąpienie, wykazywał swój interes poprzez złożenie swojego odwołania od czynności wykluczenia go z przedmiotowego postępowania, którego brak spowoduje utratę możliwości uzyskania przez niego zamówienia. W sytuacji, kiedy wykonawca ten wycofał swoje odwołanie obejmujące zarzuty co do wykluczenia go z postępowania, to w takim razie, zdaniem zamawiającego, nie ma on już interesu w przystąpieniu, gdyż cofając odwołanie spowodował niezaskarżalność czynności zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania i tym samym nie jest już wykonawcą.

Izba podzielając argumentację zamawiającego uwzględniła opozycję co do niedopuszczenia wykonawcy Sanito sp. z o.o. do postępowań o sygn. KIO 2642/20 i KIO 2649/20. Natomiast w wyniku przedłożenia przez wykonawców Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. oraz wykonawcy INSTALBUDOTECH Sp. z o.o. sp.k. dowodów w postaci zrzutów z ekranu komputera potwierdzających, że kopie przystąpień zostały odwołującemu Ulbud przesłane pocztą elektroniczną, odwołujący cofnął zarzut nieprzesłania mu kopii przystąpień.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności podniesionych w obu odwołaniach zarzutów Izba na wstępie wskazuje, że cechą wspólną zarzutów z obu odwołań jest kwestia możliwości zaokrąglania uzyskanych wyników z obliczeń w celu wykazania, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego. Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie KIO 2642/20, gdzie zamawiający stwierdził, że ustalił pewne parametry, w oparciu o które będzie oceniał parametry zaoferowanych urządzeń i te parametry muszą być przestrzegane. Nie jest dopuszczalne, aby wykonawca na etapie składania ofert przyjmował możliwość przekroczenia jednego ze

współczynników uzasadniając to efektywnością zaoferowanego rozwiązania. Nadto zamawiający dodał, że dokumentacja postępowania nie dopuszcza odchyłek od ściśle określonych parametrów co do mocy pompy, poboru energii elektrycznej i współczynnika COP. Zamawiający podkreślał, że ustalił ściśle powyższe parametry i przestrzegał ich przy ocenie ofert.

Izba w wyniku analizy dokumentacji postępowania, a w szczególności odpowiedzi na pytania wykonawców stwierdza, że powyższe stanowisko zamawiającego polega na prawdzie i tym samym ocena spełniania wymagań winna odbywać się w formule zero-jedynkowej, tj. spełnia/nie spełnia. Przy tak ustalonym w SIWZ sposobie oceny ofert w ramach kryterium ich oceny Izba uznała, że nie jest dopuszczalne twierdzenie zamawiającego, iż odchylenie od wymagań SIWZ w niewielkim zakresie, nie ma wpływu na prawidłowość złożonej oferty.

Izba uznaje, że każde odchylenie od postawionych wymagań, jeżeli nie zostało wprost dopuszczone w treści SIWZ, nie może być podstawą do uznania oferowanego sprzętu za zgodny z wymaganiami wyartykułowanymi w SIWZ. Takie odchylenie nadto ma lub może mieć istotny wpływ nie tylko na wybór oferty, ale także na możliwości wykonawców zaoferowania urządzeń, np. tańszych pomp ciepła, które będą „prawie” spełniały wymagania zamawiającego. Powyższe stanowisko prowadzi do konieczności stwierdzenia, iż przedkładane przez strony i przystępujących dowody mające wskazywać, że np. dany współczynnik wymagań przez zamawiającego jest nieosiągalny, albo że nie ma większego znaczenia dla uzyskania zakładanego efektu ekologicznego i sprawności urządzeń, nie mają znaczenia dowodowego w sprawie.

Odwołanie KIO 2642/20

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty. Zamawiający na rozprawie odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu podał, że postanowił uwzględnić zarzut dotyczący w części wyliczeń z raportów badań, zawarty na str.3 odpowiedzi na odwołanie wskazując, że w tym zakresie musi dokonać samodzielnych obliczeń, aby ustalić czy wyliczenia odwołującego są prawidłowe. Dodał także, że co do pozostałych zarzutów odwołania to uznaje je za niezasadne i wnosi o ich oddalenie.

Wskazać należy, że w informacji o odrzuceniu oferty zamawiający podał, że oferta wykonawcy Ulbud sp. z o.o. sp.k. jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż zaoferowane przez wykonawcę pompy ciepła nie spełniają parametrów technicznych wymaganych w dokumentacji technicznej w zakresie oferowanej pompy c.o. i c.w. u o mocy min. 20 kW, dla której zamawiający wymagał, aby maksymalna moc poboru nie przekraczała wartości **4,5** kW, a w odniesieniu do której odwołujący zaoferował maksymalną moc poboru na poziomie

5,32 kW, oraz w zakresie oferowanej pompy c.o. i c.w. u o mocy min. 35 kW, dla której zamawiający wymagał, aby minimalna moc grzewcza wynosiła nie mniej niż **35 kW**, a w odniesieniu do której odwołujący zaoferował minimalną moc grzewczą na poziomie **34,8 kW**. Odwołujący wskazując na pierwszą z podniesionych przez zamawiającego niezgodności wskazywał, że współczynnik COP dla pompy ciepła o mocy 20 kW przy maksymalnym poborze mocy elektrycznej urządzenia 4,5 kW dla pompy B0/W35 wynosi 4,44 a nie wymagane 4,23. Nadto dodał, że maksymalny pobór mocy elektrycznej w porównaniu do wymaganego, jest nieosiągalny dla urządzeń spełniających wymagania PFU.

Izba odnosząc się do powyższego zauważa, iż odwołujący ustalając w wyniku dokonanych obliczeń, że parametry zużycia energii przez oferowane przez niego pompy ciepła są inne niż wymagane wprost przez zamawiającego, przerzuca konsekwencje tego stanu rzeczy na zamawiającego wskazując – jego zdaniem, na nieprawidłową treść SIWZ, z której wywodzi, iż wszystkie niejasne zapisy SIWZ winny być tłumaczone na korzyść wykonawcy. Na potwierdzenie zasadności takiego stanowiska wskazuje na orzeczenia Izby podane w wyrokach KIO z 27 września 2016 r., sygn. akt KIO 1717/16, z 7 października 2016 r. sygn. akt KIO 1771/16 i z 2 stycznia 2018 r. sygn. KIO 2651/17, w których Izba uznała, że nie wolno dokonywać negatywnej weryfikacji oferty w zakresie nieostrych, sprzecznych i niedookreślonych zapisów specyfikacji, brak jest bowiem wówczas wzorca dla przeprowadzenia takiej oceny i jednoznacznego ustalenia braku zgodności oferty z SIWZ.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że wymagania zamawiającego co do mocy pomp jasno zostały określone w odpowiedzi nr 31 z dnia 07.05.2020 r., w której zamawiający dla pompy 20 kW jednoznacznie wymagał mocy 4,5 kW, zatem nie ma mowy w niniejszej sprawie o niejasnych postanowieniach siwz, które musiałyby być interpretowane na korzyść wykonawcy. Niezależnie od tego, Izba zwraca uwagę na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, gdzie Sąd zwrócił uwagę na kwestię potrzeby zadawania pytań zamawiającemu w sytuacji, kiedy treść SIWZ może budzić uzasadnione wątpliwości i mieć wpływ na możliwość złożenia prawidłowej i zgodnej z wymaganiami zamawiającego oferty. Po tym wyroku Sądu Najwyższego tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę, powinna ponieść zawsze strona, która ten SIWZ zredagowała czyli zamawiający. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. Sąd Najwyższy wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek

zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, w szczególności jeśli te niejasności mogą mieć wpływ na złożenie prawidłowej oferty. Sąd wskazał także na okoliczność, iż podmiot gospodarczy winien być uznany za profesjonalnego wykonawcę, a od takiego podmiotu oczekuje się wyższej staranności w działaniu. Z orzecznictwa zarówno sądów jak i KIO wynika także stanowisko, że brak złożenia pytań do zamawiającego w trybie art. 38 Pzp może stanowić niekiedy bardziej manipulację ze strony wykonawcy, niż jego przeoczenie w tym zakresie.

Odwołujący, jako argument przemawiający za dopuszczalnością zaoferowania pompy ciepła o większym, niż dopuszczone w SIWZ, zużyciu energii elektrycznej wskazywał na fakt, iż zaoferował pompę o mocy 22 kW, co spowodowało, że zużycie energii okresowo będzie większe, ale to w skali roku pozwoli na jej oszczędność, gdyż taka pompa będzie się rzadziej włączać i tym samym w skali roku zużyje mniej energii elektrycznej. Izba nie kwestionuje stanowiska odwołującego, że być może taka sytuacja wystąpi, lecz w przedmiotowej sprawie zamawiający postawił wymogi graniczne dla urządzeń i tak należało też oceniać spełnianie wymagań w tym zakresie. W treści SIWZ nie znajdziemy postanowień dopuszczających pozytywną ocenę spełniania warunków, czy też kryteriów oceny zaoferowanego sprzętu w oparciu o ustalenia, iż odstępstwo od postawionych wymagań jest niewielkie. Oferując urządzenie inne niż wskazane w siwz (pompę 22 kW, zamiast 20 kW), odwołujący nie mógł jednocześnie liczyć na to, że nie obowiązują go wymogi dla pompy 20 kW. Wymagania zamawiającego były jasne i fakt zaoferowania innej pompy (co było dopuszczalne) nie zwalniał odwołującego z obowiązku zapewnienia dla tej pompy parametrów wymaganych w siwz, czyli w tym wypadku – mocy 4,5 kW. Zamawiający bowiem w żadnym postanowieniu siwz nie dopuścił, aby w przypadku oferowania innych pomp możliwe było także modyfikowanie dla nich parametrów określonych w siwz.

Zauważyć ponadto należy, że niespornym w sprawie jest fakt, iż odwołujący zaoferował pompę ciepła firmy Dimplex SI 35TU, która też nie spełniała wymagań zamawiającego, który wymagał, aby to urządzenie oferowało moc grzewczą na poziomie 35kW, a została zaoferowana pompa o mocy 34,8 kW. Odwołujący wskazywał, iż w takiej sytuacji należy stosować się do wytycznych Europejskiego Stowarzyszenia Pomp Ciepła EHPA oraz norm serii EN14511. Przywołana regulacja w sprawie badań, podaje zakresy tolerancji w odniesieniu do podawanych przez producentów parametrów pracy urządzeń, dopuszczając zaokrąglanie otrzymanych wyników z badań, jeżeli ich wartości nie odbiegają o ponad +5% od ustalonych w drodze pomiarów wartości wydajności i współczynnika COP. Z powyższej kwestii odwołujący wywodził zgodność oferty z SIWZ, a także podnosił iż w przypadku podtrzymania stanowiska przez zamawiającego o niezgodności treści oferty z SIWZ, zachodzić będzie potrzeba poprawy współczynników zaoferowanej mocy w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Oceniając powyższe Izba nie uznała za zasadne stanowiska zamawiającego, że zgodnie z przywołaną normą zasady dotyczące zaokrąglania dotyczą zaokrąglania wykonanych pomiarów i obliczeń, natomiast nie dotyczą dalszego zaokrąglenia uzyskanego wskutek tych pomiarów wyniku do liczby naturalnej. Wskazana wartość energetyczna oferowanej pompy ciepła w wysokości 34,8 kW jest już zaokrąglona na etapie pomiarów do 1/10 i tym samym nie można po raz kolejny dokonywać zaokrąglenia uzyskanego wyniku do pełnej liczby naturalnej. Podkreślić należy, iż zamawiający w PFU nie dopuszczał żadnych możliwości zaokrągleń, czy przyjmowania obliczeń z tolerancją odstępstw od wymagań w PFU. W odpowiedzi na pytania z 07 maja 2020 r. zamawiający podał, iż będzie oceniał zaoferowane produkty, w tym pompy, bez możliwości uwzględnienia tolerancji wyniku, czyli bez +/- . Została zaoferowana pompa o mocy grzewczej 34,8 kW, a wymagana była pompa o mocy min. 35 kW, czyli zaoferowano pompę o mocy grzewczej poniżej mocy wymaganej.

Oceniając powyższe Izba uznała, że niezgodność zaoferowanych pomp z wymaganiami zamawiającego, jest niewątpliwa i tym samym zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Fakt niezgodności nie był kwestionowany przez samego odwołującego, który tylko wywodził iż dopuszczalne jest zaokrąglanie wyniku do pełnej jedności, co spowodowałoby zgodność oferty z wymaganiami zamawiającego. Nadto w przedmiotowym stanie faktycznym brak było podstaw do zastosowania poprawy innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił sposobu poprawy, jak i skutków poprawy dla treści oferty. W szczególności nie można uznać, że w tym przypadku doszło do jakiegokolwiek omyłki wykonawcy, jak też nie można uznać, że dokonane poprawienia nie spowodowałyby istotnej zmiany w treści oferty.

Izba uznała także, że fakt częściowego uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu nr 3 nie wpłynął na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp, gdyż zaistnienie chociażby w jednym przypadku niezgodności treści oferty z SIWZ skutkuje uznaniem niezgodności całej oferty, a tym samym potrzebą jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Tak też w przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że oferta odwołującego zasadnie została odrzucona z uwagi na niezgodność z siwz w zakresie niespełnienia zarówno wymogu poboru mocy elektrycznej, jak i mocy grzewczej.

Izba orzekła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie KIO 2649/20

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu prawidłowość wyboru oferty konsorcjum INSTALBUDOTECH jako oferty najkorzystniejszej.

Na wstępie niezbędne zdaniem Izby, jest odniesienie się do zarzutów zamawiającego wobec sformułowania treści samego odwołania, gdzie zamawiający kwestionował prawidłowość tak sformułowanego odwołania podając, iż z treści odwołania trudno wywieść, czego oczekuje odwołujący i co kwestionuje, ponieważ zarzuty są sformułowane ogólnikowo i trudno było zamawiającemu odpowiedzieć na to odwołanie. Podkreślił, iż dopiero na rozprawie odwołujący podał pełną treść odwołania, tj. to o co w rzeczywistości chodziło odwołującemu, a zatem należałoby uznać, że odwołanie zostało wniesione po terminie, gdyż dopiero na rozprawie doprecyzowano jego treść do wymagań z art. 180 ust. 3 Pzp.

Odwołujący odnosząc się do tego stanowiska zamawiającego podał, że było dla niego jasne, iż do oceny mamy na jednej szali wymagania zamawiającego, a na drugiej kwestie wynikające z oferty przystępującego, z której niespornie wynika, że w kwestiach wskazanych w odwołaniu wymagania zamawiającego nie są spełnione. Podkreślił, że stanowisko odwołującego na rozprawie nie jest uzupełnieniem odwołania, lecz jego doszczegółowieniem, gdyż dopiero dzisiaj zamawiający przedstawił stanowisko, w którym wskazał, w jaki sposób dokonywał oceny oferty przystępującego Instalbudotech, i z którego wynika, że nastąpiły odstępstwa od wskazanego w SIWZ sposobu oceny parametrów zaoferowanych przez przystępującego.

Odnosząc się do powyższej kwestii Izba nie przychyliła się do wniosku zamawiającego o zwrot odwołania do uzupełnienia. Niewątpliwym jest, że sposób uzasadnienia podniesionych zarzutów, lub praktycznie jego brak, stanowi znaczne odstępstwo od przyjętego zwyczajowo w odwołaniach do KIO wzorca, niemniej jednak zarzuty zostały sformułowane i nadają się do oceny przez Izbę. Postępowanie przetargowe służyć winno wyłonieniu oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert i ocenie podlega w szczególności warstwa merytoryczna oferty, a nie sama ocena dokonywana przez pryzmat spełniania warunków formalnych odwołania.

Przed merytoryczną oceną postawionych zarzutów wskazać należy także na rozbieżne stanowiska zamawiającego co do tych samych kwestii w obu rozpatrywanych odwołaniach. Otóż w odwołaniu ZR-B Ulbud zamawiający stał jednoznacznie na stanowisku, że nie jest dopuszczalne jakiegokolwiek zaokrąglenie wyliczeń zarówno mocy grzewczej jak i COP, podkreślając na rozprawie, iż *„zamawiający w PFU nie dopuszczał żadnych możliwości zaokrąglenia, czy przyjmowania obliczeń z tolerancją odstępstw od wymagań w PFU. W odpowiedzi na pytania 9 z 07 maja 2020 r. zamawiający podał, iż będzie oceniał zaoferowane produkty, bez możliwości uwzględnienia tolerancji wyniku, (czyli bez +/-)„*. Natomiast w tym odwołaniu zamawiający prezentował stanowisko, iż możliwe było

zaokrąglanie wyniku z badań do 1/10 i tym samym uznał, że jeśli po takim zaokrągleniu wyniku, parametr wymagany został spełniony, to zaoferowanie takiego urządzenia jest zgodne z wymaganiami zamawiającego. Ocena Izby w zakresie sposobu oceny spełniania postawionych parametrów, czy kryteriów podana w części wstępnej dla obu odwołań, jest aktualna również w zakresie oceny oferty konsorcjum Instalbudotech.

Odwołujący zarzucając zamawiającemu nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej wskazał, iż w trakcie oceny i wyboru oferty przystępującego konsorcjum Instalbudotech, dopuścił on się naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2, art. 26 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 i 3 Pzp. Natomiast zamawiający odnosząc się do samej kwestii naruszenia ww. przepisów Pzp wskazał, że jego zdaniem zarzut z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest co najmniej przedwczesny, gdyż w przypadku uznania niezgodności zarzucanej w odwołaniu, przed ewentualnym odrzuceniem oferty przystępującego, winien on zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 i w razie potrzeby w trybie art. 26 ust.3 Pzp.

W zarzucie pierwszym odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprawidłową ocenę spełniania wymagań dotyczących zaoferowanej pompy B0/W55 o odpowiednim współczynniku COP. Zamawiający wymagał, aby ten współczynnik COP wynosił 2,85, czego zaoferowana pompa nie spełniała. W związku z niespełnianiem tego wymagania zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie tego parametru, w szczególności przedłożenia kart katalogowych. W odpowiedzi na to wezwanie konsorcjum w miejsce kart katalogowych złożyło sprawozdania z badań, z których według odwołującego jednoznacznie wynikało, że żadna z oferowanych pomp nie spełnia wymagań zamawiającego, ponieważ każda z nich posiada mniejszą efektywność energetyczną w stosunku do wymaganej przez zamawiającego.

Odwołujący w zakresie tego zarzutu podał, iż Konsorcjum złożyło w odpowiedzi na wezwanie złożoną obszerną dokumentację z której zdaniem odwołującego nie wynikało, aby którakolwiek z zaoferowanych pomp spełniała wymóg minimalnej wartości współczynnika COP dla parametrów pompy B0/W55.

Zamawiający tłumacząc tą sytuację podał, że wskaźnik ten ma charakter dodatkowy, niejako uzupełniający i nie jest kluczowym parametrem dla oceny pomp ciepła.

Takie stanowisko zamawiającego zdaniem Izby jest co najmniej niezrozumiałe, w szczególności w kontekście oceny spełniania wymagań przez oferowane pompy w ofercie ZR-B Ulbud, gdzie zamawiający wymagał, aby każdy z parametrów dotyczący poboru energii, sprawności energetycznej i współczynnika COP był zgodny z wymaganiami.

Przystępujący Instalbudotech w nawiązaniu do tego zarzutu poparł stanowisko zamawiającego i podał, że zamawiający dopuszczał zaokrąglanie wyniku pomiarów do 1/10, a tym samym, jeśli wyliczony w oparciu o badania poziom poboru był na poziomie 2,2 i

występowała pewna liczba po przecinku to taka liczba powinna być zaokrąglona do 2.3 i wtedy zostałby spełniony wymóg zamawiającego.

W zarzucie drugim odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprawidłową ocenę oferty przystępującego w zakresie dopuszczenia do złożenia ofert na pompy ciepła na cele c.o. i c.w.u. o mocy 10 i 30 kW, których moce przewyższają dopuszczalny pobór energii. Zamawiający oczekiwał zaoferowania pompy o mocy na poziomie 2,2 kW, a zostały zaoferowane na poziomie 2,23 kW. Zarzucił także, że zamawiający uznał za prawidłową sytuację, kiedy przy pracy dwóch pomp w kaskadzie (WPF16M), został postawiony wymóg maksymalnego poboru energii na poziomie 7,80 kW, a zamawiający uznał za prawidłowy pobór mocy na poziomie 7,82 kW. Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu (podobnie jak do zarzutu pierwszego) podał, iż zaoferowana wartość poboru energii jest prawidłowa, gdyż została uzyskana w wyniku zaokrąglenia wartość uzyskanej w trakcie obliczeń, a nadto odchylenia od wymagań są minimalne, i zamawiający podawał je jako oczekiwane.

W kolejnym zarzucie odwołujący zarzucił zamawiającemu uznanie za prawidłowe zaoferowanie maksymalnego ciśnienia zbiornika oraz maksymalnej temperatury pracy zbiornika. Przystępujący zaoferował zbiornik o dopuszczalnym ciśnieniu roboczym na poziomie 0,8 MPa przy wymaganym 1 MPa. Natomiast w zakresie temperatury pracy wężownicy wymaganej na poziomie 95 stopni Celsjusza została zaoferowana wężownica o maksymalnej temp. pracy 92 stopni Celsjusza. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w tej sprawie, uznając, że sprzęt o takich parametrach może być uznany za spełniający wymagania zamawiającego podane w SIWZ.

Izba w zakresie tego zarzutu zauważa, że zostało zadane pytanie nr 26 – odpowiedź zamawiającego z dnia 07 maja 2020 roku, w którym jeden z wykonawców zadał pytanie – czy zamawiający dopuści zbiornik i wężownicę o następujących parametrach:

- *maksymalne dopuszczalne ciśnienie robocze min. 1MPa*
- *maksymalna dopuszczalna temp. wężownicy min. 95 C.*

Zamawiający dopuścił zaoferowanie zbiornika i wężownicy w parametrach oczekiwanych przez pytającego wykonawcę. Jednakże w przedmiotowym zakresie zaistniała niezgodność pomiędzy treścią pytania i odpowiedzi zamawiającego, gdyż zamawiający opuścił w odpowiedzi dotyczącej zarówno zbiornika jak i wężownicy określenie minimum - „*min*”. Niewątpliwym, zdaniem Izby jest fakt, że treść odpowiedzi zamawiającego jest co do zasady determinowana treścią zadanego pytania. Odpowiedź zamawiającego przy pominięciu zwrotu „*min*” - minimum, czyni wymaganie całkowicie oderwanym od wymagań, mogącym prowadzić do absurdu - wnioskowanie *reductio ad absurdum*. Po takiej odpowiedzi dopuszczalne byłoby np. zaoferowanie zbiornika o dopuszczalnym ciśnieniu np. 0,5 MPa, czy wężownicy o dopuszczalnej temp. np. 40 stopni Celsjusza. Dlatego też Izba zauważa, że powyższa treść odpowiedzi zamawiającego jako niejasna, winna podlegać wykładni

celowościowej, która zmierza do ustalenia treści przepisu ze względu na cel, któremu ten przepis służy. Zastosowanie tej wykładni prowadzi do przyjęcia, że zamawiający omyłkowo opuścił wskazanie minimum „min”.

Reasumując powyższe ustalenia Izba uznała, że przystępujący Instalbudotech nie wykazał zaoferowania urządzeń spełniających wymagania podane w SIWZ. Nadto zamawiający nie miał podstaw do dokonywania oceny oferty konsorcjum w oparciu o przyjętą na etapie oceny ofert możliwość zaokrąglania wyników z badań, celem możliwości uznania spełniania określonych parametrów przez wymagane urządzenia, a także zastosowanie przy ocenie tej oferty kryterium ważności danego parametru dla możliwości realizacji zamówienia. Izba podkreśla, że parametr wymagany na etapie składania ofert nie może być w żaden sposób pomijany, czy pomniejszany na etapie badania i oceny ofert i jego spełnianie winno być dokonywane na podstawie zero-jedynkowej. Tym samym zamawiający nie może po otwarciu ofert dowolnie uznawać, które z wymogów są dla niego ważne i będzie je oceniał, a których – jako uznanych za mniej ważne nie będzie oceniał lub oceniał mniej restrykcyjnie. Nie można także zgodzić się z zamawiającym, że od dokonywania oceny zgodności oferty z siwz w zakresie danego wymogu, zwalnia go fakt, że wymóg ten nie stanowił kryterium oceny ofert. Przed oceną oferty w świetle kryteriów oceny ofert, zamawiający ma obowiązek zbadać m.in. zgodność tej oferty z treścią siwz w zakresie wszystkich wymogów merytorycznych zawartych w siwz i w razie ich niespełnienia – odrzucić ofertę, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, a także brak dotychczasowego wzywania wykonawcy w zakresie parametrów oferowanych urządzeń, Izba uznała potrzebę - przed ewentualnym odrzuceniem oferty Konsorcjum Instalbudotechu, wezwania tego wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających w sposób jednoznaczny, że zaoferowane urządzenia spełniają wprost wymagania zamawiającego (dokumenty te zostały uznane w siwz za dokumenty z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Izba nie ogranicza zamawiającemu zakresu postępowania wyjaśniającego zarówno co do możliwości wyjaśniania treści oferty, jak też co do zakresu wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp.

W nawiązaniu do stanowiska Izby w zakresie ww. zarzutów należy uznać, że zarzuty z art. 91 ust.1 Pzp oraz ust.3 Pzp są zarzutami wynikowymi i tym samym fakt ich naruszenia przez zamawiającego jest niewątpliwy.

Izba orzekła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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. 1092).

Przewodniczący

Członkowie :

.....