

WYROK
z dnia 8 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2021 r. przez wykonawcę R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **ASH R. S. w Ostrołęce Ostrołęka** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Gminy w Załuskach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Firma Usługowo-Handlowa „ROMEX” - Grupa SBS S. R. oraz BIOŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum: Firma Usługowo-Handlowa „ROMEX” - Grupa SBS S. R. oraz BIOŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku oraz nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnej z treścią SIWZ;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3857 zł 26 gr (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia sześć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

Sygn. akt KIO 446/21

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Załuski, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Redukcja emisji zanieczyszczeń powietrza w Gminie Załuski poprzez wymianę urządzeń grzewczych etap 2”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 771639-N-2020 w dniu 28 grudnia 2020r.

W dniu 5 lutego 2021r. Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum firm: Firma Usługowo-Handlowa „ROMEX” - Grupa SBS S. R. oraz BIOŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku (dalej: „Przystępujący”) jako najkorzystniejszą oraz odrzucił ofertę wykonawcy – R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ASH R. S. (dalej: „Odwołujący”).

W dniu 10 lutego 2021r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),

2. art. 7 Pzp poprzez przeprowadzenie wadliwej procedury badania i oceny ofert oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców,

3. art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, w sytuacji gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale V SIWZ,

4. ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”).

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert i nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego, co

skutkować winno unieważnieniem postępowania, z uwagi na brak w postępowaniu chociaż jednej ważnej oferty mogącej podlegać ocenie,

3. ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem okoliczności, że w stosunku do Przystępującego Zamawiający winien dokonać czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, to jest dokumentów potwierdzających spełniane przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego w PFU.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ. Wyjaśnił, że zgodnie z Rozdziałem III SIWZ — szczegółowe informacje dotyczące zadania, zarówno szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jak i opis przedmiotu wykonania, zawiera PFU, który stanowi załącznik do SIWZ. PFU zawiera dokładne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, to jest m. in. w stosunku do:

1. Instalacji fotowoltaicznej,
2. Kotła na pellet,
3. Kotła gazowego na gaz płynny lub ziemny,
4. Pompy ciepła powietrze-woda.

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z Rozdziału III SIWZ wykonawcy byli zobowiązani by wraz z ofertą złożyć stosowne karty katalogowe lub inne dokumenty potwierdzające spełnienie parametrów zaproponowanych źródeł ciepła i instalacji fotowoltaicznych. W przypadku nie dołączenia do oferty wymaganych dokumentów Zamawiający wskazał, że odrzuci ofertę danego wykonawcy.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał, że Przystępujący w złożonej ofercie pomimo wymogu wynikającego z formularza oferty, wskazał tylko producenta urządzeń fotowoltaicznych, bez podania typu i modelu. Nadto załączył kartę panelu fotowoltaicznego tylko w języku angielskim, co jest sprzeczne z wymaganiami stawianymi w SIWZ. Zgodnie bowiem z rozdziałem II pkt 4 SIWZ ofertę sporządza się w języku polskim. Zamawiający wymagał także, aby dokumenty sporządzone w języku obcym były składane wraz z tłumaczeniem na język polski (rozdział VII, zdanie ostatnie SIWZ).

Jednocześnie w PFU Zamawiający wymagał, aby moduły fotowoltaiczne w zakresie charakterystyki ciepła - charakteryzowały się co najmniej parametrami o następujących wartościach:

- Nominalna temperatura robocza ogniwa 45 +/- 3 °C
- Współczynnik temperatury dla Pmax -0,39 %/ °C

Sygn. akt KIO 446/21

- Współczynnik temperatury dla V_{cc} -0,33%/ °C
- Współczynnik temperatury dla 1sc +0,04%/ °C
- Współczynnik temperatury dla V_{mpp} - 0,28%/ °C

Odwołujący podkreślił, że współczynnik V_{mpp} wymagany był na poziomie min. – 0,28%/ °C, a Przystępujący zaoferował panel nie spełniający tego wymogu gdyż parametr - 0,373%/K jest parametrem gorszym. Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał następujących parametrów:

- a) Maksymalny prąd wsteczny - 20A , a Przystępujący zaoferował panel 15A,
- b) Wytrzymałości na gradobicie - 2660 Pa – Przystępujący natomiast nie podał wartości przedmiotowego parametru. Odwołujący wskazuje, że wytrzymałość tego panelu wynosi 1600Pa.

Odnosząc się kolejno do zaoferowanych przez Przystępującego kotłów na pellet Odwołujący wskazał, że zgodnie z PFU Zamawiający wymagał, m. in:

1. aby zastosowane kotły posiadały parametry funkcjonalne i wydajnościowe nie gorsze niż:

- a) kocioł 5-tej klasy przystosowany do spalania wyłącznie pelletu z zasobnikiem na paliwo o pojemności zapewniającej min. 2- dniowy czas pracy i automatycznym systemem pracy,
- b) sprawność kotła min. 93%, klasa energetyczna A++,
- c) sposób podłączenia kotła do instalacji grzewczej musi zapewnić utrzymanie min. 55 C wody powrotnej a temperatura robocza kotła musi być utrzymywana na poziomie 60 C,
- d) kocioł musi posiadać zintegrowany sterownik zapewniający optymalny dobór parametrów pracy wentylatora i podajnika o funkcjach:
 - pomiar zużycia paliwa, sterowanie pogodowe, współpraca z regulatorem pokojowym z komunikacją tradycyjną (dwustanową) lub wyposażonym w komunikację RS,
 - możliwość podłączenia modułu internetowego umożliwiającego zmianę parametrów pracy i obsługi kotła (dostęp do menu użytkownika i serwisowego, możliwość zdalnego rozpalenia i wygaszenia kotła), możliwość podłączenia modułu GSM - umożliwia sterowanie za pomocą telefonu komórkowego,
- e) kocioł zostanie wyposażony w samoczyszczący mechanicznie palnik pelletowy:
 - prosta obsługa modulacja mocy palnika niski pobór energii elektrycznej automatyczny start i wygaszanie palnika wysoka sprawność urządzenia zabezpieczenia (czujnik temperatury),
- f) wymiennik trójciagowy pionowy rurowy,

- g) szybki czas rozpalania (grzałka ceramiczna),
- h) przewidziane do montażu kotły będą posiadały moc dobraną na podstawie projektu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy „Czy Zamawiający dopuści zewnętrzny ciepłomierz, nieskomunikowany z kotłem?” (pytanie 8) wskazał, że: „Nie dopuszcza takiego rozwiązania”. Natomiast z kart katalogowych zaoferowanego przez Przystępującego kotła N. Forest 25 nie wynika, aby produkt ten spełniał warunki w zakresie:

1. posiadania zintegrowanego sterownika zapewniającego optymalny dobór parametrów pracy wentylatora i podajnika o funkcjach jak wskazane w PFU (dot. pomiaru zużycia paliwa przez kocioł),
2. wyposażenia w samoczyszczący mechanicznie palnik pelletowy,
3. wyposażenia w grzałkę ceramiczną,
4. współpracy z regulatorem pokojowym z komunikacją tradycyjną (dwustanową) lub wyposażonym w komunikację RS,
5. możliwości podłączenia modułu GSM (z załączonych dokumentów wynika jedynie, że o możliwości podłączenia modułu internetowego, jednakże to stanowiło oddzielny punkt oceny),
6. możliwość podłączenia modułu internetowego umożliwiającego zmianę parametrów pracy i obsługi kotła.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający winien był więc odrzucić ofertę Przystępującego, z uwagi na ww. niezgodności w złożonej ofercie z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Odwołujący wskazał również, że wątpliwości budzi, czy zaoferowany przez Konsorcjum kocioł spełnia parametr klasy A ++, gdyż z karty katalogowej wynika, że dla kotła o mocy 15 kW parametr ten wynosi klasa A++. Jednakże z zamieszczonej w tejże karcie katalogowej karcie produktu wynika, że parametr ten wynosi — klasa A+. Ponadto również z etykiety energetyczne zamieszczone na stronie producenta potwierdzają, że kocioł o mocy 15 KW nie spełnia parametru — klasy A++.

Odnosząc się do zaoferowanego przez Przystępującego kotła gazowego na gaz płynny lub ziemny Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby zastosowane zostały kotły jednofunkcyjne z wolnostojącym zasobnikiem wody min 100l lub dwufunkcyjne z wbudowanym zasobnikiem wody min 45l posiadały parametry funkcjonalne i wydajnościowe nie gorsze niż:

1. wymagane parametry:
Minimalna sprawność: 109 % przy temp. (40/30)
Zakres modulacji pracy: 35-100 %

Natomiast z załączonych kart katalogowych wynika, że zaoferowane kotły Viessmann Vitodens 100-W i 111-W posiadają sprawność minimalną do 109%. Tym samym zdaniem Odwołującego nie osiągają 109%.

W zakresie pompy ciepła powietrze-woda Odwołujący wskazał, że zgodnie z PFU oferent był zobowiązany zaoferować powietrzne pompy ciepła, które posiadają parametry funkcjonalne i wydajnościowe nie gorsze niż:

- temperatura zasilania min. 55 oC,
- SCOP >5.0 zgodnie z Europejską Normą, EN 14825:2013

Przystępujący zaoferował produkt NIBE F2120 jednak nie podał modelu, tylko producenta i typ - natomiast jak wynika z załączonych do oferty kart katalogowych pompa ta posiada kilka różnych modeli, z których nie wszystkie spełniają wymagania w zakresie SCOP >5,0. Wskazuję, że Zamawiający, ani nie wezwał Konsorcjum do wskazania, które modele/ który model zamierza zastosować, ani nie odrzucił oferty. Ponadto w zaoferowanej przez Konsorcjum linii modelowej występują pompy o mocy 8 kW, 12 kW, 12 kW, 16 kW, 20 kW, nie występują wymagane przez Zamawiającego w PFU pompy w zakresie mocy 17 -18 kW, ani 13-15 kW. Tym samym złożona przez Konsorcjum oferta nie spełnia warunków wymaganych przez Zamawiającego, co winna oznaczać jej odrzucenie.

W ocenie Odwołującego powyższe uchybienia w ofercie Przystępującego powinny skutkować odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodne z SIWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty z uwagi na niezgodność złożonej oferty z SIWZ, natomiast wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą pomimo, że ww. urządzenia, nie spełniają wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ. Powyższe świadczy o zasadności naruszenia przepisów art. 7 Pzp poprzez przeprowadzenie wadliwej procedury badania i oceny ofert oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił także, że złożone wraz z ofertą karty katalogowe oraz inne dokumenty nie potwierdzają spełnienia wszystkich parametrów zaproponowanych źródeł ciepła i instalacji fotowoltaicznych. Jednakże Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez zaoferowane źródła ciepła i instalację fotowoltaiczną, w szczególności przez K. N. Forest 25 wymagań opisanych w SIWZ.

Odwołujący zarzucił także, że Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy oraz personelu. Zgodnie z SIWZ (rozdział V) od oferentów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagano wykazania, że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie,

wykonał należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo:

- wykonał w systemie „zaprojektuj — wybuduj” co najmniej 20 instalacji źródeł ciepła w budynkach mieszkalnych lub użyteczności publicznej; roboty budowlane/dostawy winny być poparte dokumentami/ dowodami należytego wykonania zadania, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

- wykonał w systemie „zaprojektuj — wybuduj” co najmniej 10 instalacji fotowoltaicznej o mocy min. 3 kWe w budynkach mieszkalnych lub użyteczności publicznej; w/w roboty budowlane/ dostawy winny być poparte dokumentami/dowodami należytego wykonania zadania, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”.

Ww. warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia mają charakter szczególny. Aktualne orzecznictwo wyraźnie wskazuje, że jeżeli konsorcjum lub wykonawca korzystający z zasobów podmiotu trzeciego mają wykazać wykonanie wielu robót budowlanych o określonym charakterze, zakresie i wartości — nie będą spełniać tego warunku przez zwykłe matematyczne zsumowanie robót wykonanych przez te podmioty. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby „Kierownik robót branży elektrycznej posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; Certyfikowany instalator z aktualnym dopuszczeniem do OZE wydanym przez UDT i świadectwem kwalifikacji D + E w zakresie instalacji elektrycznych.” Wskazuję, że Konsorcjum dołączyło ww. dokumenty jedynie w zakresie dotyczącym instalacji fotowoltaicznych. Podkreślam, że w ramach zadania montowane są też pompy ciepła i kotły na biomasę, na co również UDT wstawia takie same zaświadczenia kwalifikacyjne dla pracowników. Jednakże w zakresie montowania pompy ciepła i kotłów na biomasę stosownych dokumentów nie dołączono.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał interesu prawnego przejawiającego się możliwością uzyskania w/w zamówienia, upatrując jedynie interesu prawnego w unieważnieniu postępowania. Podkreślił, że Odwołujący nie kwestionuje słuszności odrzucenia jego oferty, kwestionując jedynie odrzucenie oferty najbardziej korzystnej. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 22 marca 2019 r., sygn. akt KIO 419/19, gdzie Izba orzekła, że „Interes przywołany w art. 179 ust. 1 Pzp nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też

zaniechań zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. W ocenie Izby w tym konkretnym stanie faktycznym dane zamówienie należy interpretować jako konkretne zamówienie, którego zamawiający zamierza udzielić w określonym postępowaniu. W związku z tym przez uzyskanie danego zamówienia rozumieć należy szanse na pozyskanie zamówienia w wyniku konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia”.

Odnosząc się kolejno do zarzutów dotyczących instalacji fotowoltaicznych wskazał, że Przystępujący w swojej ofercie podał producenta urządzeń, bez podania typu i modelu konkretnego produktu. Jednak z uwagi na formułę w jakiej prowadzone było postępowanie, to znaczy, projektuj i buduj, pozwala jedynie przedstawić producenta, ponieważ do czasu prowadzenia prac projektowych Wykonawca nie może ocenić jaki konkretny model paneli fotowoltaicznych zostanie wbudowany w konkretnej lokalizacji. Ponadto z przedstawionej przez Przystępującego karty katalogowej w języku angielskim dla Zamawiającego możliwym było odczytanie wszystkich parametrów objętych PFU. Współczynnik temperatury dla V_{mpp} oraz współczynnik prądu wstecznego w karcie katalogowej przedstawionej przez Przystępującego jest współczynnikiem lepszym. Wytrzymałość na gradobicie nie przedstawiana w Pa (jednostka ciśnieniowa), jedynie określa się wielkością gradu do 25 mm poruszający się z prędkością 23 m/s zgodnie z normami certyfikatu IEC 6 1215 (w załączeniu oświadczenie producenta).

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących zaoferowanego przez Przystępującego kotłów na pellet Zamawiający wskazał, że Przystępujący zaoferował kocioł firmy N. typ Forest o mocy 25 kW, a ponieważ kocioł zaproponowany posiada modulację mocy 7-25 kW, ten model spełnia wszystkie wymagania PFU oraz SIWZ, a tym samym posiada wymagany parametr klasy energetycznej A++, jak również wszystkie pozostałe zapisy dotyczące automatyki i towarzyszącej infrastruktury technicznej (wyposażenie). Ponadto pomiar zużycia paliwa odczytują się z wbudowanego sterownika kotła. Zamawiający przedłożył jako dowód karty katalogowe oraz oświadczenie producenta.

Co do kotłów gazowych Zamawiający stwierdził, że zaproponowane kotły firmy Viessmann typ Vitodens 100-W oraz 111-W spełnia wymagania parametru sprawności, sprawność znormalizowaną do 109 % co oznacza, iż osiąga max. 109% sprawności. W związku z powyższym Odwołujący niesłusznie stawia zarzut. Zamawiający przedłożył dane techniczne kotłów.

Odnosząc się natomiast do zaoferowanych przez Przystępującego pomp ciepła Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach treści SIWZ na etapie postępowania

przetargowego, odpowiadając na pytanie 12: „Czy zamawiający dopuszcza na etapie realizacji inwestycji dobór pomp ciepła wraz z towarzyszącą infrastrukturą odpowiednich do istniejących budynków?” odpowiedział: „Tak, Zamawiający dopuszcza na etapie realizacji inwestycji dobór pomp ciepła wraz z towarzyszącą infrastrukturą odpowiednich do istniejących budynków w celu jak najsprawniejszego i najefektywniejszego działania inwestycji. Konsorcjum przedstawiło typoszereg pomp ciepła, które spełniają wymagania zgodnie PFU i SIWZ.

Ponadto Odwołujący, popełnił błąd w przedstawieniu rozliczenia całej inwestycji, ponieważ na wykonania dokumentacji projektowej oraz przy wykonaniu zewnętrznych instalacji gazowych oraz montażu butli obowiązuje 23% stawka VAT, natomiast przy montażu pomp ciepła, instalacji fotowoltaicznej oraz montażu kotłów pelletowych i kotłów gazowych obowiązuje 8% stawka VAT.

Podsumowując Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania ewentualnie o unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego i nakazanie przeprowadzenia ponownego badania oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Firma Usługowo-Handlowa „ROMEX” - Grupa SBS S. R. oraz BİOŚ Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp. Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona

żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Na wstępie ustalenia Izby wymagało, czy Odwołujący wykazał istnienie interesu we wniesieniu odwołania. Wskazać należy, że Odwołujący uzasadniając istnienie po jego stronie interesu wyjaśnił, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty — Odwołującego oraz Przystępującego. Odrzucenie oferty Przystępującego doprowadzi do sytuacji, w której w postępowaniu nie pozostanie ani jedna ważna oferta podlegająca ocenie, co skutkować będzie unieważnieniem postępowania. W przypadku kolejnego postępowania, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę zgodną z SIWZ oraz PFU, a więc Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Brak odrzucenia oferty Przystępującego oznaczać będzie natomiast utratę możliwości uzyskania przedmiotowego odpłatnego zamówienia publicznego, na co Odwołujący mógłby liczyć w przypadku unieważnienia postępowania (w przypadku kolejnego postępowania, Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę zgodną z SIWZ oraz PFU).

Uwzględniając powyższe Izba w składzie orzekającym nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do konieczności odrzucenia odwołania jak i kwestionującego istnienie po stronie Odwołującego interesu.

W pierwszej kolejności na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba rozpoznała wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 nPzp uzasadniony tym, że Odwołujący utracił status wykonawcy w związku z odrzuceniem jego oferty, a Odwołujący powyższej czynności nie zakwestionował niniejszym odwołaniem. Powyższe – jak wskazał Zamawiający - powoduje, że oferta Odwołującego na obecnym etapie postępowania jest skutecznie odrzucona. Wskazać należy, że orzekając o oddaleniu powyższego wniosku Izba miała na uwadze, iż w momencie wnoszenia odwołania, Odwołujący posiadał status wykonawcy, a więc w stosunku do niego nie zachodziła przesłanka wskazana w punkcie 2 powyższego przepisu, nie sposób bowiem uznać, że w momencie złożenia odwołania Odwołującemu nie przysługiwał status wykonawcy.

Kolejno odnosząc się do oceny istnienia po stronie Odwołującego interesu do złożenia odwołania w zakresie kwestionowania prawidłowości oferty Przystępującego istotne znaczenie ma fakt, że oferta Przystępującego oraz oferta Odwołującego to jedyne oferty złożone w niniejszym postępowaniu. Tym samym istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że w przypadku uznania przez Izbę, że oferta Przystępującego jest niezgodna z postanowieniami SIWZ, Zamawiający unieważni przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Podkreślić należy, że w świetle wykładni prounijnej art. 179 ust. 1 Pzp (obecnie art. 505 ust. 1 nPzp) w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie

Sygn. akt KIO 446/21

udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. i 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31) należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 Pzp, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy, która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o dane zamówienie publiczne i tym samym wykonawca ma interes w jego uzyskaniu (tak: wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r. sygn. akt KIO 1556/16; podobnie wyrok KIO dnia z 22 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2099/16, wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2358/17). Wywodzić z tego należy, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie jest ograniczony jedynie do uzyskania zamówienia w ramach danego postępowania, ale również do uzyskania zamówienia w ramach postępowania wszczętego po skutecznym unieważnieniu postępowania, w którym nie było możliwe wyłonienie oferty najkorzystniejszej.

Wskazać należy, że w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2016r., C689/13 Trybunał podkreślił, że „każdy z uczestników sporu ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych konkurentów. Po drugie, nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw wykluczenia ofert tak wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.” Przy czym dodatkowo Trybunał uznał, że „liczba uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, podobnie jak liczba jego uczestników wnoszących odwołanie, a także rozbieżności w podnoszonych w odwołaniach zarzutów nie mają znaczenia dla stosowania zasady prawnej wynikającej z wyroku Fastweb z dnia 4 lipca 2013 sygn. akt (C-100/12, czyli zasady szerokiego pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia obejmującego interes w uzyskaniu zamówienia tak w bieżącym jak również w przyszłym postępowaniu.

W konsekwencji Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał istnienia interesu do złożenia odwołania. Podkreślić należy, że odrzucenie oferty Przystępującego spowoduje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93

ust. 1 pkt 4 Pzp, a Odwołujący będzie miał prawo do złożenia oferty w nowym postępowaniu. Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że brak interesu Odwołującego wynikał z tego, że nie zakwestionował on we wniesionym odwołaniu czynności odrzucenia jego oferty. Podkreślić należy, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego wymagałoby od wykonawców – którzy co do zasady zgadzają się, że czynność Zamawiającego była prawidłowa, bowiem ich oferta zawierała wady skutkujące koniecznością jej odrzucenia – do formułowania i tworzenia zarzutów wobec powyższej czynności tylko i wyłącznie z tego powodu, aby odrzucenie ich oferty nie stało się prawomocne.

Mając na uwadze powyższe na względzie Izba stwierdziła, że Odwołujący jest w pełni uprawniony do złożenia odwołania w zakresie wad oferty Przystępującego.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, w pierwszej kolejności należało ocenić charakter kart katalogowych wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, tj. czy stanowią one treść oferty wykonawcy, czy też stanowią dokumenty o charakterze przedmiotowym, które są przedkładane przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom, określonym przez Zamawiającego.

Izba stoi na stanowisku, że tego rodzaju dokumenty, co do zasady, mają charakter przedmiotowy i są przedkładane przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom, określonym przez zamawiającego. Nie jest jednak tak, że Zamawiający nie może nadać im innego znaczenia, niż to wynika z treści Rozporządzenia. Izba całkowicie podziela ocenę zaprezentowaną przez skład orzekający KIO w tym przedmiocie w wyroku z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 318/17, KIO 329/17, gdzie wskazano: "W ocenie Izby tak ukształtowane postanowienia SIWZ z całą pewnością pozwalają stwierdzić, iż żądanej przez zamawiającego karty katalogowej uchwytów mocujących nie można zaliczyć do katalogu dokumentów z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, opisanych w § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). Izba zwraca uwagę, że powołany powyżej przepis rozporządzenia nie zawiera katalogu zamkniętego, gdyż w jego treści ustawodawca odwołał się do określenia "w szczególności". Tym samym wskazane w nim dokumenty mają charakter jedynie przykładowy".

Zdaniem składu orzekającego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nadał kartom katalogowym odmienne znaczenie, niż wynikające z treści Rozporządzenia, na co

wskazuje brzmienie zawarte w Rozdziale III SIWZ: „Zamawiający wymaga, by Wykonawca wraz z ofertą złożył stosowne karty katalogowe lub inne dokumenty potwierdzające spełnienie parametrów zaproponowanych źródeł ciepła i instalacji fotowoltaicznych. W przypadku nie dołączenia do oferty wymaganych dokumentów Zamawiający odrzuci ofertę danego Wykonawcy”. Powyższe sformułowanie przesądza, że zamiarem Zamawiającego było uczynienie z wymienionych kart katalogowych treści oferty. Konsekwencją więc braku załączenia kart katalogowych lub nie zawarcie w nich informacji potwierdzających spełnienie parametrów zaproponowanych źródeł ciepła i instalacji fotowoltaicznych powoduje, że oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto podkreślić należy, że zgodnie z Rozdziałem II pkt 2 obowiązkiem wykonawców było sporządzenie oferty według wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. W formularzu oferty natomiast Zamawiający wymagał podania przy oferowanych kotłach na biomasę, na gaz ziemny i płynny, pompach ciepła oraz instalacjach fotowoltaicznych/panelach fotowoltaicznych podania marki, typu oraz modelu.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących instalacji fotowoltaicznej, skład orzekający ustalił, że w treści Formularza ofertowego Przystępujący podał, że oferowane przez niego instalacje fotowoltaiczne to inwerter Afore Polska typ BNT003KTL, panel fotowoltaiczny Maysun Solar.

Izba za niezasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący niepodania przez Przystępującego – wbrew wymogom specyfikacji – typu oraz modelu oferowanych paneli fotowoltaicznych. Podkreślić bowiem należy, że pomimo braku podania w Formularzu oferty danych dotyczących typu i modelu paneli, Zamawiający miał wiedzę w tym zakresie z załączonej do oferty karty katalogowej Maysun Solar PV Module MS (320-340) MB-60H. Powyższe umożliwiło natomiast Zamawiającemu dokonanie weryfikacji, czy zaoferowane przez Przystępującego urządzenia spełniają wymogi SIWZ oraz PFU.

Dokonując natomiast analizy parametrów zakwestionowanych przez Odwołującego, skład orzekający podzielił zarzut dotyczący niespełnienia przez oferowane urządzenia wymogu dotyczącego maksymalnego prądu wstecznego.

Wskazać należy, że wymagany przez Zamawiającego maksymalny prąd wsteczny to 20 A, natomiast z załączonej do oferty karty katalogowej panelu Maysun Solar MS (320-340) wynika, że wartość ta stanowi 15A. Jednocześnie wskazać należy, że określając parametry Zamawiający wymagał, aby moduły fotowoltaiczne „charakteryzowały się co najmniej parametrami” o określonych w PFU wartościach. W ocenie Izby nie sposób uznać, że wynikający z ww. karty katalogowej maksymalny prąd wsteczny o wartości 15A spełnia wymóg PFU. Wskazać należy, że „co najmniej” zgodnie ze słownikiem języka polskiego oznacza „nie mniej niż”. Skoro więc Zamawiający oczekiwał aby powyższa wartość wynosiła

co najmniej, nie mniej niż 20A, to nie sposób uznać, że wartość 15A spełnia powyższy wymóg. Przystępujący na rozprawie wywodził, że zaoferowane przez niego urządzenie z parametrem 15A jest urządzeniem lepszym, bowiem parametr ten jest lepszy. Przystępujący jednak na powyższą okoliczność nie przedłożył żadnego dowodu, z którego wynikałoby potwierdzenie tego stanowiska. W konsekwencji Izba uznała, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego nie spełniało wymogu dotyczącego maksymalnego prądu wstecznego, a w konsekwencji było niezgodne z SIWZ.

Izba za nieudowodniony uznała natomiast zarzut dotyczący instalacji fotowoltaicznej w zakresie parametru V_{mpp} . Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał aby zaoferowane urządzenie posiadało co najmniej ten parametr o wartości $-0,28\% / ^\circ\text{C}$. Z przedłożonej przez Przystępującego karty katalogowej wynika, że parametr ten to $-0,373\%/K$. Odwołujący wywodził, że parametr ten jest parametrem gorszym niż wymagany przez Zamawiającego. Na powyższą okoliczność przedłożył jednak jedynie dowód z innego postępowania, w którym inny zamawiający przyznawał punktację w jednym z ustalonych kryteriów oceny ofert w zakresie współczynnika V_{mpP} . Z powyższego dowodu wynikało, że im współczynnik znajdował się bliżej zera (im był niższy) otrzymywał więcej punktów, bowiem oznaczało to, że współczynnik ten byłby lepszy. W ocenie Izby powyższy dowód nie stanowi jednak potwierdzenia twierdzeń Odwołującego. Po pierwsze zauważyć należy, że sposób ustalenia kryterium przez zamawiającego w innym postępowaniu, nie może dowodzić, że parametr zaoferowany przez Przystępującego jest gorszy. Odwołujący nie złożył ponadto żadnych wyliczeń czy analiz, wskazujących na to że faktycznie parametr wymagany przez Zamawiającego jest lepszy, ponieważ znajduje się „bliżej 0”. Odwołujący nie zestawiał ze sobą powyższych dwóch wartości, co umożliwiłoby ocenę postawionych przez niego twierdzeń. Samo wyjaśnienie na rozprawie, że parametr zaoferowany przez Przystępującego jest o ok. 25% pozostało gołosłowne i nie udowodnione. Należy bowiem zważyć, iż zgodnie z art. 534 ust. 1 nPzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ogólną zasadę ciężaru dowodu formułuje w tym zakresie art. 6 k.c. zgodnie z którym ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Dlatego też, w niniejszej sprawie Odwołujący powinien udowodnić swe twierdzenie o niezgodności produktu zaoferowanego przez Przystępującego w zakresie współczynnika V_{mpp} ze SIWZ. Należy bowiem podkreślić, iż powołany przepis art. 6 k.c. oraz wynikająca z niego reguła art. 534 ust. 1 nPzp wyrażają dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W konsekwencji nieudowodnienia, że zaoferowany przez Przystępującego współczynnik V_{mpp} jest współczynnikiem gorszym niż wymagany przez Zamawiającego, Izba zarzut oddaliła.

Izba oddaliła również zarzut niespełnienia przez instalacje fotowoltaiczne parametru dotyczącego wytrzymałości na gradobicie. Wskazać należy, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 9: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na panele posiadające certyfikat IEC61215. Panele go posiadające wytrzymują 25 milimetrowe gradziny spadające z prędkością 23 m/s?” odpowiedział: „Tak, Zamawiający dopuszcza panele posiadające certyfikat IEC61215.”. Z karty katalogowej wynika, że oferowany panel posiada powyższy certyfikat IEC61215, a tym samym spełnia wymagany i dopuszczony przez Zamawiającego parametr.

Końcowo należy wskazać, że co prawda z SIWZ wynikał nakaz złożenia dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z ich tłumaczeniem na język polski to jednak jak wskazał Zamawiający miał on możliwość weryfikacji tego dokumentu i oceny wszystkich wymaganych parametrów dotyczących zaoferowanego urządzenia.

Podsumowując powyższe, Izba stwierdziła, że zaoferowane panele nie spełniały wymaganego przez Zamawiającego parametru prądu wstecznego, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przechodząc kolejno do zarzutów dotyczących kotłów na pellet wskazać należy, że z Formularza oferty wynika, że Przystępujący zaoferował K. N. Forest 25. W PFU Zamawiający określił szczegółowe parametry, przytoczone przez Odwołującego w treści odwołania, które musi spełniać oferowane urządzenie. Parametry te natomiast zgodnie z wymogami SIWZ muszą znajdować potwierdzenie i wynikać z przedłożonych kart katalogowych.

Wskazać należy, że z załączonej do oferty karty katalogowej nie wynikało spełnienia następujących parametrów i wymagań:

1. posiadania zintegrowanego sterownika zapewniającego optymalny dobór parametrów pracy wentylatora i podajnika o funkcjach jak wskazane w PFU (dot. pomiaru zużycia paliwa przez kocioł),
2. wyposażenia w samoczyszczący mechanicznie palnik pelletowy,
3. wyposażenia w grzałkę ceramiczną,
4. współpracy z regulatorem pokojowym z komunikacją tradycyjną (dwustanową) lub wyposażonym w komunikację RS,
5. możliwości podłączenia modułu GSM (z załączonych dokumentów wynika jedynie, że o możliwości podłączenia modułu internetowego, jednakże to stanowiło oddzielny punkt oceny),
6. możliwość podłączenia modułu internetowego umożliwiającego zmianę parametrów pracy i obsługi kotła.

Powyższe więc powodowało konieczność odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, bowiem Zamawiający na podstawie złożonej karty katalogowej nie mógł

ustalić parametrów oferowanego urządzenia. Podkreślić należy, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia Zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie Zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Z powyższych względów złożenie przez Przystępującego pisma od BUDMET N., potwierdzającego określone parametry funkcjonalne i wydajnościowe, dopiero po otwarciu przez Zamawiającego ofert nie może stanowić sanowania braku wskazania parametrów w ofercie Przystępującego. Również wskazać należy, że Izba w składzie orzekającym nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że już ta okoliczność, iż kotły spełniają warunki klasy 5 normy PN-EN: 303-5.2012 oraz wymagania ekoprojektu potwierdzają spełnienie wszystkich wymagań zawartych w PFU. Podkreślić należy bowiem, że w PFU Zamawiający wymagał, aby oferowane piece były 5-tej klasy, a więc klasę wyższą musiały spełniać, ale co istotne oprócz powyższego wymogu Zamawiający wyspecyfikował szereg parametrów, których potwierdzenia oczekiwał od wykonawcy w ofercie. Tym samym Izba stwierdziła, że Przystępujący wbrew wymogom SIWZ nie przedłożył Zamawiającemu kart katalogowych potwierdzających spełnienie wszystkich wymaganych parametrów.

Izba nie podzieliła zarzut dotyczącego nie spełnienia przez zaoferowany kocioł klasy energetycznej A++. Podkreślić należy, że model kotła FOREST N. 25 kW powyższą normę spełnia, co wprost wynika z załączonej do oferty karty katalogowej.

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła zarzutów dotyczących kotłów gazowych na gaz płynny i ziemny. Wskazać należy, że zgodnie z wymogiem PFU oferowane kotły musiały posiadać minimalną sprawność na poziomie 109%. Z załączonych przez Przystępującego do oferty kart katalogowych Viessmann Vitodens 100-W i 111-W wynika, że kotły te posiadają sprawność minimalną do 109%, co zdaniem Odwołującego świadczy o tym, że kotły te wymaganej minimalnej sprawności nie osiągają. Przystępujący i Zamawiający stali natomiast na stanowisku, że fakt określenia minimalnej sprawności na poziomie do 109% świadczy o tym, że kotły te spełniają wymóg Zamawiającego.

Rozstrzygając powyższy zarzut, Izba miała na względzie przepis art. 534 ust. 1 nPzp zgodnie z którym obowiązkiem Odwołującego jest wskazanie dowodu dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi określone skutki prawne. W konsekwencji obowiązkiem Odwołującego było przedłożenie dowodów i wykazanie okoliczności, że posiadanie przez kotły sprawności minimalnej do 109% nie pozwala na spełnienie wymogu wynikającego z PFU w tym zakresie. Natomiast brak inicjatywy dowodowej Odwołującego skutkowało oddaleniem zarzutu jako nieudowodnionego.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący zaoferowanych przez Przystępującego pomp ciepła. Podkreślić należy, że jak wynika z Formularza ofertowego, Przystępujący wskazał, że oferuje pompę ciepła producenta NIBE typ F2120 nie wskazując oferowanego modelu. Z przedłożonej karty katalogowej wynika, że na rynku dostępne są różne modele powyższego urządzenia (F2120-8, F2120-12, F2120-16 oraz F2120- 20) i tylko F2120-16 oraz F2120-20 spełniają parametr SCOP>5.0 zgodnie z Europejską Normą EN:14825:2013.

Mając powyższe na uwadze ponownie wskazać należy, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. W odniesieniu do zaoferowanych pomp ciepła Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji parametrów zaoferowanego urządzenia poprzez brak podania przez Przystępującego – wbrew wymogom SIWZ – modelu oferowanego urządzenia.

Powyższego wymogu SIWZ nie zmieniła udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 12: „Czy zamawiający dopuszcza na etapie realizacji inwestycji dobór pomp ciepła wraz z towarzyszącą infrastrukturą odpowiednich do istniejących budynków?”, gdzie Zamawiający odpowiedział, że: „dopuszcza na etapie realizacji inwestycji dobór pomp ciepła wraz z towarzyszącą infrastrukturą odpowiednich do istniejących budynków w celu jak najsprawniejszego i najefektywniejszego działania instalacji”. Odpowiedź na powyższe pytanie w ocenie składu orzekającego nie zmodyfikowała w żaden sposób konieczności posiadania przez oferowaną pompę ciepła parametru SCOP>5.0 zgodnie z Europejską Normą EN:14825:2013 oraz konieczności wskazania w ofercie jaki model oferowanego urządzenia ten parametr spełnia. Nie sposób również podzielić stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, że odpowiedzią na ww. pytanie Zamawiający umożliwił wykonawcom łączenie kilku urządzeń w celu osiągnięcia wymaganego przez niego wskaźnika SCOP większego niż 5, bowiem Zamawiający nie zmodyfikował wymogu wynikającego z PFU, aby oferowane pompy ciepła powyższe parametry spełniały.

Podsumowując powyższe ustalenia i rozważania Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ w zakresie wyżej wskazanym.

Izba nie podzieliła zarzutu dotyczącego naruszenia poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, w sytuacji gdy nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale V SIWZ.

Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał aby wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo:

a) wykonał w systemie „zaprojektuj – wybuduj” co najmniej 20 instalacji źródeł ciepła w budynkach mieszkalnych lub użyteczności publicznej; w/w roboty budowlane/ dostawy winny być poparte dokumentami/dowodami należytego wykonania zadania, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

b) wykonał w systemie „zaprojektuj – wybuduj” co najmniej 10 instalacji fotowoltaicznej o mocy min. 3 kWe w budynkach mieszkalnych lub użyteczności publicznej; w/w roboty budowlane/ dostawy winny być poparte dokumentami/dowodami należytego wykonania zadania, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku wskazanego w lit. a) powołało się na doświadczenie lidera konsorcjum F.U.H. „ROMEX” Grupa SBS R. S. natomiast na potwierdzenie spełnienia warunku wskazanego w lit. b) powołało się na doświadczenie partnera konsorcjum – BIOŚ sp. z o.o. z siedzibą w Płocku.

Izba podkreśla, że istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami. W ocenie Izby uprawnienie do ubiegania się o zamówienie w formie konsorcjum sprowadza się między innymi do możliwości łączenia posiadanych potencjałów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia co do zasady wystarczające jest wykazanie łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu (a nie przez każdego z członków konsorcjum lub w inny sposób, np. przynajmniej przez jednego z członków konsorcjum). Tym samym, skoro Zamawiający nie zastrzegł konieczności spełnienia warunku w całości przez jednego z wykonawców, to powołanie się przez Przystępującego na doświadczenie zarówno lidera oraz partnera było w pełni uprawnione.

Mając powyższe na względzie, orzeczono ja w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

Sygn. akt KIO 446/21

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący :