

Sygn. akt: **KIO 318/17**

KIO 329/17

WYROK

z dnia 3 marca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 3 marca 2017 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawcę **FLEXPOWER Group sp. z o.o., sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej,**
- B. w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawcę **Polska Ekologia sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu,**

w postępowaniu prowadzonym Zamawiającego - **Gminę Żarnowiec z siedzibą w Żarnowcu,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ANTINUS Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 318/17 oraz KIO 329/17 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **FLEXPOWER Group sp. z o.o., sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 329/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.

- A) Uwzględnić odwołanie wykonawcy **FLEXPOWER Group sp. z o.o., sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej**, (sygn. akt KIO 318/17) i nakazuje Zamawiającemu – Gminie **Żarnowiec z siedzibą w Żarnowcu** - unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **FLEXPOWER Group sp. z o.o., sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej** a także czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach prowadzonego postępowania.
- B) Uwzględnić odwołanie wykonawcy **Polska Ekologia sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** (sygn. akt KIO 329/17) i nakazuje Zamawiającemu - Gminie **Żarnowiec z siedzibą w Żarnowcu** – unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Polska Ekologia sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** a także czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, połączone wraz ze sporządzeniem pełnego, pisemnego uzasadnienia oceny oferty, zawierającego szczegółowe wskazanie powodów i przyczyny, dokonanej czynności.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Żarnowiec z siedzibą w Żarnowcu**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: **FLEXPOWER Group sp. z o.o., sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej** (sygn. akt KIO 318/17) oraz wykonawcę **Polska Ekologia sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** (sygn. akt KIO 329/17), tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego - **Gminy Żarnowiec z siedzibą w Żarnowcu** na rzecz wykonawcy **FLEXPOWER Group sp. z o.o., sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej** (sygn. akt KIO 318/17) kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od Zamawiającego - **Gminy Żarnowiec z siedzibą w Żarnowcu** na rzecz wykonawcy **Polska Ekologia sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** (sygn. akt KIO 329/17) kwotę **14 105 zł 79 gr** (słownie: czternaście tysięcy sto pięć złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy), stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę, wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Częstochowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 318/17

Sygn. akt: KIO 329/17

UZASADNIENIE

Gmina Żarnowiec z siedzibą w Żarnowcu (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pt. „Zakup i montaż kolektorów słonecznych szansą na poprawę jakości powietrza w gminie Żarnowiec - II etap”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu o numerze 3882-2017 zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 stycznia 2017 r.

Pismem z dnia 15 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia, o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Antinus” lub „Przystępujący”) oraz o odrzuceniu ofert następujących wykonawców: Polska Ekologia Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu (dalej: „Polska Ekologia” lub „Odwołujący”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp oraz FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej (dalej: „Odwołujący” lub „FlexipowerGroup”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

KIO 318/17

W dniu 20 lutego 2017 r. wykonawca FlexipowerGroup wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty FlexipowerGroup w ramach prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, przez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty FlexipowerGroup z uwagi na nie dołączenie przez wykonawcę do oferty karty katalogowej uchwytów mocujących potwierdzającej, że są one dedykowane pod ujęte w ofercie kolektory, przewidziane do nich przez producenta w niezmienionym stanie, pomimo faktu, że powyższy dokument został załączony do oferty i oznaczony numerem 42;
2. w sytuacji, w której w wyniku omyłki dokument ten nie został jednak załączony do oferty lub nie spełnia wymagań Zamawiającego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp, przez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty i zaniechanie dokonania czynności wezwania FlexipowerGroup do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w związku z niezłożeniem karty katalogowej uchwytów mocujących potwierdzającej, że są one dedykowane pod ujęte w ofercie kolektory, przewidziane do nich przez producenta w niezmienionym stanie, w okolicznościach, które nie uzasadniały odrzucenia oferty FlexipowerGroup na innej podstawie albo unieważnienie postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty FlexipowerGroup,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W razie oddalenia zarzutu z punktu 1, a uwzględnienia zarzutu z punktu 2, dodatkowo wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania FlexipowerGroup do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w związku z niezłożeniem karty katalogowej uchwytów mocujących potwierdzającej, że są one dedykowane pod ujęte w ofercie kolektory, przewidziane do nich przez producenta w niezmienionym stanie.

Nadto Odwołujący wnosił o:

- orzeczenie na jego rzecz uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności: wynagrodzenie pełnomocnika w

wysokości 3.600 złotych, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy;

- zobowiązanie Zamawiającego do załączenia oferty FlexipowerGroup wraz z załącznikami złożonej w przedmiotowym postępowaniu oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wyżej wymienionych dokumentów na okoliczność złożenia przez Odwołującego karty katalogowej uchwytów mocujących potwierdzającej, że są one dedykowane pod ujęte w ofercie kolektory, przewidziane do nich przez producenta w niezmienionym stanie (karta nr 42 oferty);
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w piśmie z dnia 15 lutego 2017 r. oświadczył, że odrzucenie oferty FlexipowerGroup spowodowane jest faktem żądania przez Zamawiającego w punkcie A.3.4.2 Programu Funkcjonalno - Użytkowego (strona 16) załączenia przez wykonawców do oferty karty katalogowej uchwytów mocujących potwierdzającej, że są one dedykowane pod ujęte w ofercie kolektory, przewidziane do nich przez producenta w niezmienionym stanie.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty FlexipowerGroup nie poprzedził jej przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp

FlexipowerGroup podkreślał, że wymagana przez punkt A.3.4.2 Programu Funkcjonalno - Użytkowego karta katalogowa uchwytów mocujących potwierdzająca, że są one dedykowane pod ujęte w ofercie kolektory, przewidziane do nich przez producenta w niezmienionym stanie została załączona przez Odwołującego razem z oferta. Dokument ten znajduje się pod kartą o numerze 42 w ofercie, na dowód czego Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia Izbie rzeczonych dokumentów.

Niezależnie od powyższego, FlexipowerGroup wskazywał, że nawet w przypadku gdyby uznać by, że przedmiotowa karta katalogowa nie została złożona przez Odwołującego to w przypadku prawidłowego i zgodnego z ustawą postępowania Zamawiającego, nie powodowałoby to skutku w postaci, odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Odwoływał się do treści art. 25 ust. 1 Pzp zgodnie, z którym Zamawiający może w postępowaniu żądać od wykonawców dokumentów lub oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane

roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający wskazuje m.in. w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”, „specyfikacja”).

W ocenie Odwołującego bezspornym było, że Zamawiający mógł wymagać przedmiotowej karty katalogowej wskazanej w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, stanowiącym załącznik do SIWZ (dalej: „PFU”). Podkreślał, że karta katalogowa ma w prowadzonym postępowaniu charakter przedmiotowy, czyli dotyczący realizacji przedmiotu zamówienia. Żądanie certyfikatów i kart katalogowych przez Zamawiającego od wykonawcy, znajduje swoje uzasadnienie nawet w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „nie można sprowadzać obowiązku dołączenia do oferty dokumentacji technicznej do obowiązku dołączenia czy to opisu urządzeń technicznych, czy to instrukcji obsługi, czy to dokumentacji sprzętowej czy to deklaracji zgodności dla oferowanego modelu i typu tomografu, czy to certyfikatu CE, czy to zgłoszenia lub wpisu do rejestru wyrobów medycznych oferowanego modelu i typu tomografu lub też dokumentów stanowiących podstawę wydania certyfikatu, deklaracji zgodności; wpisu do rejestru wyrobów medycznych. Jest to pojęcie bowiem szersze od powyżej wymienionych rodzajów dokumentacji.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 354/11).

Odwołujący twierdził, że z chwilą uznania przez Zamawiającego, że w ofercie złożonej przez FlexipowerGroup nie znajduje się wymagany w myśl art. 25 ust. 1 Pzp dokument, konieczne stało się przeprowadzenie postępowania uzupełniającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z dyspozycją tego przepisu wykonawca, który nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania powinien zostać obligatoryjnie wezwany do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Odwołującego z racji tego, że okoliczności wyłączające wskazany obowiązek Zamawiającego nie zachodziły w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał dokonania czynności wezwania FlexipowerGroup do uzupełnienia wymaganych dokumentów, co spowodowało odrzucenie oferty ww. wykonawcy. Wskazywał, że na temat obligatoryjnego charakteru postępowania uzupełniającego wypowiedała się, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1269/11) „Brak dokumentów potwierdzających, że dostawa spełnia wymagania siwz podlega procedurze art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p., a nie skutkom w postaci odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”, a także w wyroku z dnia 16 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2392/12; KIO 2410/12) „W razie

stwierdzenia, iż nie zostały złożone dokumenty potwierdzające zgodność oferowanych robót z wymaganiami zamawiającego czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu procedury opisanej w art. 26 ust. 3 p.z.p."

Odwołujący zwracał uwagę, że FlexipowerGroup dysponuje opisywanym powyżej dokumentem. Zatem w sytuacji, w której wymagana przez PFU karta katalogowa nie została załączona do oferty, z przekonaniem graniczącym z pewnością Odwołujący twierdzi, że w przypadku otrzymania wezwania o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, niezwłocznie uzupełniłby ofertę o ten dokument.

W dniu 20 lutego 2017 r. do Izby w formie pisemnej, ze strony wykonawcy Antinus, wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

KIO 329/17

W dniu 20 lutego 2017 r. wykonawca Polska Ekologia wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w rozpoznawanym postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 92 ust. 1 pkt. 3 Pzp, przez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż w siwz oraz PFU Zamawiający nie zobowiązał oferentów do dostarczenia osobnej karty katalogowej grzałki elektrycznej, a jedynie zobowiązał do dołączenia do oferty karty katalogowej oraz atestu PZH podgrzewacza solarnego CWU, którego elementem ma być grzałka elektryczna;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień w stosownym terminie w zakresie karty katalogowej

podgrzewacza solarnego CWU wraz z grzałką oraz dokumentacji naczynia przeponowego i kolektora słonecznego, pomimo iż - zdaniem Zamawiającego - Odwołujący nie złożył żądanych dokumentów lub zdaniem Zamawiającego zawierają one braki oraz poprzez brak wskazania, dlaczego złożona dokumentacja nie spełnia wymogów Zamawiającego i o jakie wymogi chodzi;

4. art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż cena podana w ofercie zawiera błędy w obliczeniu ceny, pomimo braku faktycznego wykazania, na czym ten błąd polega i dlaczego Odwołujący powinien w ofercie przy podawaniu stawki podatku VAT zastosować stawki 8% i 23% VAT zamiast stawki 8%.

Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzone oceną spełnienia przez wykonawców - w tym Odwołującego - warunków udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny spełnienia warunków udziału i dokumentów złożonych przez wykonawców, w tym Odwołującego;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania przed Izłą, obejmujących w uiszczonej wpisy od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika według rachunku przedłożonego na rozprawie;
- przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pt.: „Zakup i montaż kolektorów słonecznych szansą na poprawę jakości powietrza w Gminie Żarnowiec - II etap”.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Polska Ekologia wyjaśniał, że Zamawiający oświadczył, że odrzucenie oferty Odwołującego spowodowane jest faktem, iż Zamawiający żądał dołączenia do oferty karty katalogowej grzałki elektrycznej. Oferent nie przedłożył żądanych dokumentów w tym zakresie. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, z przedłożonej przez Odwołującego dokumentacji odnośnie naczynia przeponowego i kolektora słonecznego wynika, że nie spełniają one wymogów Zamawiającego. Zamawiający stwierdził ponadto, iż cena ofertowa przedstawiona w ofercie Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu, tj. stawka podatku VAT powinna wynosić odpowiednio 8% i 23 % oferent zastosował jedynie stawkę 8%.

Zdaniem wykonawcy Polska Ekologia Zamawiający, dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nie poprzedził jej przeprowadzeniem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego z tą decyzją Zamawiającego nie można się zgodzić z powodów podanych szczegółowo poniżej.

I. Naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp

Odwołujący twierdził, że Zamawiający podejmując w dniu 15 lutego 2017 r. decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty i jednocześnie o odrzuceniu ofertę Odwołującego naruszył swoim postępowaniem treść art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na realny brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy Polska Ekologia Zamawiający wskazał, iż: „Oferta nr 08 firmy: Polska Ekologia Sp. z o. o. ul. Piaskowa 7, 47-400 Racibórz została odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający żądał dołączenia do oferty karty katalogowej grzałki elektrycznej. Oferent nie przedłożył żądanych dokumentów w tym zakresie. Z przedłożonej dokumentacji odnośnie naczynia przeponowego i kolektora słonecznego wynika, że nie spełniają one wymogów Zamawiającego. Cena ofertowa Riwier a błąd w obliczeniu tj. stawka podatku VAT powinna wynosić odpowiednio 8% i 23 % oferent zastosował jedynie stawkę 8%. Biorąc pod uwagę powyższe ofertę odrzucono”.

Odwołujący wskazywał, że tak lakoniczne uzasadnienie decyzji należy znać za niespełniające kryteriów odpisanych w art. 92 Pzp. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny prawa zamówień publicznych Zamawiający powinien podać wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi nastąpiło odrzucenie oferty. „Uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji zamawiającego, by wykonawca miał możliwość ewentualnego odniesienia się do nich przy wnoszeniu odwołania. Wykonawca może bowiem swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane, a w szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izbą. Tymczasem poza wskazaniem podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie podał żadnych okoliczności faktycznych, które zdecydowały o jej odrzuceniu. Przekazana przez niego informacja jest ogólnikowa, a tym

samym nie czyni zadość wymogom z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zob. wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r., KIO 1133/14). W przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty dotyczącej niezgodności oferty z treścią siwz, aby umożliwić wykonawcy obronę, zamawiający jest zobowiązany wskazać w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji konkretne postanowienia lub wymagania zawarte w siwz, którym jego zdaniem nie odpowiada treść oferty złożonej przez wykonawcę (wyrok KIO UZP z 17 lutego 2009 r., KIO/UZP 112/09, LexPolonica nr 2065109, LexisNexis nr 2065109). (Nowicki, Józef Edmund. Art. 92. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II. LEX, 2015; Babiarczyk, Stefan. Art. 92. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2013).

Odwołujący twierdził, że powyższe stanowisko jest również utrwalone w orzecznictwie KIO. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 września 2016 r. KIO 1710/16: przypis art. 92 ust. 1 pkt. 2 Pzp stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawca po pierwszy podejmuje decyzję, skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne uwiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować. Nieprzedstawienie pełnego uzasadnienia odrzucenia oferty, niepodanie wykonawcy podstaw faktycznych tej czynności (zakresu nieprawidłowości i przyczyn, dla których zamawiający uznaje je za mające znaczenie merytoryczne) i powoływanie się na nie dopiero w toku postępowania odwoławczego, stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podstawy faktyczne odrzucenia oferty nie mogą pozostawać w sferze domysłów, wykonawcy, ale muszą być mu wprost zakomunikowane.” (podobnie wyroki KIO z dnia 20 lipca 2015 r. KIO 1429/15, z dnia 14 kwietnia 2015 r. KIO 652/15).

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na powyższą argumentację decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego powinna zostać unieważniona jako niespełniająca kryteriów prawnych określonych w art. 92 Pzp.

II. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp

W ocenie Odwołującego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie dostarczył wymaganych w dokumentacji przetargowej dokumentów w postaci karty katalogowej grzałki elektrycznej. W siwz oraz PFU Zamawiający nie zobowiązał oferentów do dostarczenia osobnej karty katalogowej grzałki elektrycznej, a jedynie zobowiązał do dołączenia do oferty karty katalogowej oraz atestu PZH podgrzewacza solarnego CWU, którego elementem ma być grzałka elektryczna. Wynika to wprost z punktu A.3.4 ppkt 3:

1. Podgrzewacz solarne CWU

Podgrzewacza CWU powinien charakteryzować się parametrami nie gorszymi niż:

- Zbiornik i węzownice zabezpieczone emalią ceramiczną oraz anodą tytanową,
- Rozbieralny płaszcz zewnętrzny z tworzywa sztucznego,
- Izolacja z nierozbieralnej bezfreonowej pianki poliuretanom] grubości min. 50 mm,
- Przewodność cieplna izolacji zasobnika 5: 0,028 W/m*K
- Dwie węzownice jedna dla układu solarne (min. 1,6 m²) druga dla istniejącego źródła ciepła (min. 0,8 m²),
- Króciec cyrkulacji oraz grzałki elektrycznej,
- Grzałka elektryczna z odizolowanymi elementami grzejnymi o mocy min. 2 kW wyposażona w termostat
- Właz / kołnierz rewizyjny,
- Stopy umożliwiające wypoziomowanie zbiornika,
- Dopuszczalne ciśnienie robocze nie mniej niż zasobnik 8 bar / węzownice 16 bar,
- Dopuszczalna temperatura medium grzewczego węzownic min. 110°C
- Dopuszczalna temperatura roboczą Zbiornika nie mniej niż 95°C.
- Na wyjściu CWU zamontowany termostatyczny zawór anty-oparzeniowy.

Do oferty dołączyć kartę katalogowa oraz atest PZH.

Odwołujący twierdził, że taką kartę katalogową oraz atest PZH dostarczył wraz z ofertą. Zatem działanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi zatem naruszenie art. 25 ust 1

pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinien określić dokładnie, jakich dokumentów oczekuje od wykonawców w zakresie spełniania przez oferowane roboty budowlane określonych przez niego wymagań.

III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp

Odwołujący wyjaśniał, że drugim powodem odrzucenia jego oferty, oprócz braku karty katalogowej grzałki elektrycznej, były błędy w dokumentacji odnośnie naczynia przeponowego i kolektora słonecznego, które zdaniem Zamawiającego, nie spełniają jego wymogów. Zamawiający nie wskazał w odrzuceniu oferty, jakich wymogów nie spełniała dokumentacja dostarczona przez Odwołującego, co zostało już w niniejszym odwołaniu opisane w zarzucie dotyczącym naruszenia art. 92 Pzp.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, nawet w przypadku gdyby uznać by, że przedmiotowe karty katalogowe nie zostały złożone przez Odwołującego, zawierają one błędy lub w inny sposób nie spełniają wymogów Zamawiającego, to w przypadku prawidłowego i zgodnego z ustawą Pzp postępowania Zamawiającego, nie powodowałyby to skutku w postaci odrzucenia złożonej oferty.

Karta katalogowa ma w prowadzonym postępowaniu charakter przedmiotowy, czyli dotyczący realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, z chwilą uznania przez Zamawiającego, że w ofercie złożonej przez Odwołującego się nie znajduje się wymagany przez niego dokument lub dokument ten obarczony jest brakami lub błędami albo w inny sposób jest dla Zamawiającego niezrozumiały, konieczne jest przeprowadzenie postępowania uzupełniającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z dyspozycją tego przepisu wykonawca, który nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania powinien zostać obligatoryjnie wezwany do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z racji tego, że okoliczności wyłączające wskazany obowiązek Zamawiającego nie zachodziły w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający bezprawnie zaniechał dokonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia wymaganych dokumentów, co spowodowało odrzucenie jego oferty.

Odwołujący podkreślał, że powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie KIO „Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, do uzupełnienia wadliwych

dokumentów lub ich braku, lub pełnomocnictw, w przypadku, gdy ocena dokumentów lub pełnomocnictw dokonana przez zamawiającego, doprowadzi do wniosku, że nie potwierdzają one żądanych parametrów (podmiotowych lub podmiotowych). Ustawodawca nie sprecyzował w art. 26 ust. 3 Pzp, czy wada danego dokumentu musi mieć charakter formalny czy też merytoryczny, dlatego też należy przyjąć, że każda wada dokumentu musi wywołać, po stronie Zamawiającego, określony skutek w postaci wezwania danego wykonawcy do skonwalidowania wady oferty (wniosku)". (wyrok KIO z 2 dnia 26 września 2016 r. KIO 1648/16; KIO 1660/16). „Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu oraz zawrzeć opis sposobu dokonywania ich oceny, zgodnie z normą art. 22 ust. 1 Pzp i zamieścić je w ogłoszeniu oraz SWZ opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny oraz ma służyć nadrzędnemu celowi jakim jest zbadanie zdolności konkretnego wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przy czym to badanie zdolności wykonawcy i zachowanie proporcji musi także służyć zachowaniu normy art. 7 ust. 1 Pzp to jest zachowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zatem opis ten nie powinien być nadmierny. W dalszy kolejności na etapie badania ofert, zamawiający ma obowiązek przez pryzmat postanowień ogłoszenia i siwz badać, czy złożono wraz z ofertą wszystkie wymagane dokumenty, oraz te dokumenty nie zawierają błędów (art. 26 ust. 3 Pzp) i jeśli są braki lub dokumenty są wadliwe ma obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów" (wyrok KIO z dnia 1 lutego 2016 r. KIO 64/16).

IV. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp

Zdaniem Odwołującego Zamawiający z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp dokonał odrzucenia jego oferty z uwagi na błędne obliczenie ceny oferty oraz błędne wskazanie stawki podatku VAT.

Na wstępie Odwołujący zaznaczał, iż w stanie faktycznym sprawy sporna jest wyłącznie wysokość stawki podatku VAT w zakresie ceny wskazanej w formularzu ofertowym złożonym w postępowaniu przez Odwołującego. Należy przy tym zauważyć, iż w toku postępowania wykonawcy wielokrotnie zadawali Zamawiającemu pytania w zakresie stawki VAT, jaką należy zastosować w przedmiotowym zamówieniu, jednakże nigdy nie otrzymali od Zamawiającego jednoznacznej odpowiedzi. Zamawiający w dniu 16 stycznia 2017 r. w Wyjaśnieniach nr 4 w odpowiedzi na pytanie: „Jeżeli zamawiający przewiduje montaż instalacji na gruncie proszę o podanie ilości oraz zmianę formularza ofertowego poprzez wyodrębnienie instalacji na gruncie z uwagi na inną stawkę podatku VAT dla części robót wykonywanych na

zewnątrz tj. 23% roboty poza obrysem budynku i 8% dla części instalacji związanych z budynkiem w sposób trwały” stwierdził jedynie, iż: „W zakresie zadania przywidziane jest wykonanie projektu budowlano - wykonawczego instalacji po przeprowadzeniu inwentaryzacji obiektów. W dokumentacji przetargowej zamieszczono informację o lokalizacjach instalacji. Każdy oferent ma możliwość przeprowadzenia takowej inwentaryzacji przed złożeniem oferty i ujęciu w wycenie koniecznych do prawidłowego Zamontowania instalacji kosztów jak również prawidłowej stawki podatku VAT. ”

Tymczasem podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający przesądził, iż cena ofertowa przedstawiona w ofercie Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu, tj. stawka podatku VAT powinna wynosić odpowiednio 8% i 23 % oferent zastosował jedynie stawkę 8%. Zamawiający nie podał przy tym żadnego uzasadnienia swojej decyzji, co zostało już opisane w zarzucie dotyczącym naruszenia art. 92 Pzp. Podejmując taką decyzję Zamawiający przyjął, iż nie jest możliwe przy realizacji niniejszego zamówienia skorzystanie przez wykonawcę ze stawki 8% VAT, pomimo iż jednocześnie Zamawiający potwierdził, iż wszystkie budynki, na których mają być montowane instalacje, mają charakter budynków mieszkalnych oraz nie przekraczają 300 m² całkowitej powierzchni użytkowej. Ponadto Zamawiający nie wykazał, iż przy którymkolwiek budynku przewiduje się montaż instalacji na gruncie. Należy zatem zauważyć, iż zastosowanie stawki 8% w stosunku do robót objętych przedmiotowym zamówieniem, jest wynikiem zastosowania się przez Odwołującego do obowiązujących przepisów prawa, które umożliwiają zastosowanie stawki 8% podatku VAT.

Zdaniem Odwołującego nie podlega dyskusji, iż co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Na poparcie powyższego stanowiska można przedstawić np. wyrok WSA z dnia 28 września 2010 r. (sygn. I SA/Gd 470/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/20199DB361>) wydany w zbliżonym stanie faktycznym, gdzie Sąd stwierdził, iż "Wykonanie zaś takiej instalacji jest (...), jedną i kompleksową usługą, w stosunku do której nie może być mowa, że zastosowanie właściwej stawki podatku, uzależnione jest od miejsca przeprowadzenia takiego przyłącza. Dzielenie takiej usługi, która zapewne jest wieloetapowa, byłoby sprzeczne z racjonalnością ustawodawcy. Oznaczy to żytem, że usługa ta objęta jest w całości 7% stawką podatku od towarów i usług (obecnie 8% - przypadek autora odwołania). Wyciąganie odwrotnych wniosków nie ma więc uzasadnienia prawnego".

Mając na uwadze powyższy opis sprawy oraz powołane przepisy w ocenie Odwołującego należy stwierdzić, że o ile faktycznie przedmiotem umów zawartych przez Wnioskodawcę jest wykonanie kompleksowych usług, polegających na montażu:

- instalacji grzewczych opartych na pompach ciepła z wymiennikiem gruntowym,
- instalacji grzewczych opartych na pompach ciepła pobierających ciepło z wody gruntowej,
- instalacji grzewczych opartych są na pompach ciepła wykorzystujących ciepło z powietrza, z instalacji grzewczych opartych na kolektorach słonecznych,
- instalacji produkujących prąd opartych na ogniwach fotowoltaicznych, w budynkach mieszkalnych, których powierzchnia nie przekracza 300 m², to świadczone ww. usługi mieszczą się w czynnościach, o których mowa w art. 41 ust. 12 ustawy i z tytułu wykonania tych usług, zastosowanie znajdzie stawka podatku od towarów i usług w wysokości 8%, zgodnie z art. 41 ust 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy, pod warunkiem, że nie dotyczą odrębnej budowli w rozumieniu Prawa budowlanego.

W dniu 27 lutego 2017 r. do Izby, w formie pisemnej, ze strony wykonawców FlexipowerGroup oraz Antinus, wpłynęły przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

KIO 318/17

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, opisane w odwołaniu w części potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający w pkt III. 6 ogłoszenia o zamówieniu - wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – zawarł określenie „nie dotyczy”. Również w specyfikacji Zamawiający nie wskazał, że żąda przedłożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów przedmiotowych w postaci kart katalogowych w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Natomiast w § 3 siwz, zatytułowanym „opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający w pkt 7 wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik Nr 1 - program funkcjonalno – użytkowy. W części A.3.4 pkt 2 PFU (str. 16) Zamawiający wymagał: „Uchwyty mocujące: należy zastosować oryginalne uchwyty i konstrukcje przewidziane przez producenta kolektorów, w niezmienionym stanie, z materiałów niekorodujących (np. aluminium, stal nierdzewna) umożliwiające montaż kolektorów słonecznych na dachu, elewacji lub jako konstrukcja wolnostojąca. Do oferty załączyć kartę katalogową”.

Izba ustaliła, że oferta Odwołującego zawiera kartę katalogową zestawów montażowych dla kolektorów (str. 42 oferty). Izba wskazuje, że jej treść została objęta przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

W toku rozprawy Zamawiający złożył jako dowody trzy Karty montażu płaskich kolektorów słonecznych pochodzące od firmy Ensol.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Według art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać o wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw do wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówienie, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Wskazać należy, że w omawianej sprawie strony nie były zgodne co do tego, jaki charakter posiada karta katalogowa, powołana w części A.3.4 w pkt 2 PFU (str. 16). 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. Jednak w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający, zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również w treści siwz, nie sprecyzował żądania jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych, mających potwierdzać, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Natomiast w treści PFU wskazano jedynie, że do oferty należy załączyć kartę katalogową, dotyczącą uchwytów mocujących.

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.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że tak ukształtowane postanowienia ogłoszenia oraz siwz nie były przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kwestionowane w terminie uprawniającym do ich skutecznego zaskarżenia. Wobec tego na tym etapie postępowania należy uznać je za obowiązujące i wiążące dla wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w przypadku wystąpienia braku dokumentu w postaci karty katalogowej uchwytów mocujących nie jest możliwe jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ ww. karta nie jest dokumentem przedmiotowym opisanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Następnie Izba odniosła się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i stwierdziła, że zgłoszony zarzut potwierdził się.

Z opisanych powyżej ustaleń Izby wynika, że treścią PFU Zamawiający ukształtował wymóg załączenia do oferty karty katalogowej uchwytów mocujących. W świetle treści oferty Odwołującego Izba uznała, że powyższy obowiązek został prawidłowo wypełniony, ponieważ oferta wykonawcy FlexipowerGroup na str. 42 zawierała żadaną przez Zamawiającego kartę katalogową uchwytów mocujących. Wobec tego, w aspekcie omawianego wymogu, nie sposób dopatrzeć się niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią siwz.

Izba za chybioną i niedopuszczalną uznaje argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, który zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie ale także w toku rozprawy twierdził, że z treści PFU wynika (str. 16), że żądana karta katalogowa miała pochodzić od producenta, a także miała zawierać potwierdzenie producenta, że uchwyty są dedykowane pod ujęte w ofercie kolektory. Zdaniem Izby analiza treści PFU nie prowadzi do wniosków formułowanych przez Zamawiającego.

Przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający w treści pkt 2 uchwyty mocujące na str. 16 PFU wskazał jedynie, aby wykonawca dołączył kartę katalogową uchwytów. W treści wymagania Zamawiający nie sprecyzował, żadnych szczegółowych wymagań, aby karta pochodziła od producenta i potwierdzała, że uchwyty mocujące są dedykowane pod ujęte w

ofercie kolektory. Izba zwraca uwagę, że poza lakonicznym stwierdzeniem „Do oferty dołączyć kartę katalogową” Zamawiający nie podał w jakim celu żąda złożenia tego dokumentu, nie określił również jego szczegółowości, a także nie wskazał, że karta ma pochodzić od producenta. W związku z tym na obecnym etapie postępowania nie sposób czynić zarzutów Odwołującemu, że złożona przez niego karta katalogowa jest jego własnym wytworem a także, iż brakuje w niej potwierdzenia producenta kolektora, że uchwyty są dedykowane pod oferowany przez Odwołującego model urządzenia.

Zdaniem Izby oczywisty jest, że prezentowane powyżej twierdzenia Zamawiającego stanowią doprecyzowywanie postanowień specyfikacji, które na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne. Izba wskazuje, że zgłaszanie przez Zamawiającego przytoczonych powyżej żądań byłoby uzasadnione, gdyby Zamawiający uwzględnił je konstruując treść specyfikacji. Jednak na kanwie omawianego stanu faktycznego z taką sytuacją nie mamy do czynienia, ponieważ Zamawiający w PFU nie określił szczegółowych wymagań w stosunku do karty katalogowej uchwytów mocujących. W związku z tym Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią siwz dopuścił się naruszenia przepisu art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego a także czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach prowadzonego postępowania.

KIO 2295/16

Izba, dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, opisane w odwołaniu w części potwierdziły się.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp i stwierdziła, że zgłoszony zarzut potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w piśmie z dnia 15 lutego 2017 r. zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego podał: „Oferta nr 08 firmy: Polska Ekologia Sp. z o. o. ul. Piaskowa 7, 47-400 Racibórz została odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający żądał dołączenia do oferty

karty katalogowej grzałki elektrycznej. Oferent nie przedłożył żądanych dokumentów w tym zakresie. Z przedłożonej dokumentacji odnośnie naczynia przeponowego i kolektora słonecznego wynika, że nie spełniają one wymogów Zamawiającego. Cena ofertowa zawiera błąd w obliczeniu tj. stawka podatku VAT powinna wynosić odpowiednio 8% i 23 % oferent zastosował jedynie stawkę 8%. Biorąc pod uwagę powyższe ofertę odrzucono”.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Biorąc pod uwagę powyżej wskazać należy, że ustawodawca treścią art. 92 ust. 1 ust. 3 Pzp nałożył na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego poinformowania wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Odwołującego, poparte konkretnym orzecnictwem Izby, zasadzające się na tym, że lakoniczne uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Polska Ekologia nie może być potraktowane jako prawidłowe wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Izba potwierdza, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego zobowiązany był w sposób pełny i wyczerpujący opisać wszystkie okoliczności towarzyszące tej czynności, ponieważ w innym przypadku wykonawca może jedynie domyślać się podstaw faktycznych, stanowiących podstawę odrzucenia jego oferty. Skutkiem wadliwego sporządzenia przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Polska Ekologia, z uwagi na jego ogólność, bez wątpienia jest niemożność prawidłowego postawienia zarzutów odwołania. W związku z powyższym Izba potwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp i nakazała Zamawiającemu sporządzenie pełnego, pisemnego uzasadnienia oceny oferty, zawierającego szczegółowe wskazanie powodów i przyczyny, dokonanej czynności.

W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że zarzuty odnoszące się do odrzucenia oferty Polska Ekologia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie naczynia przeponowego i kolektora słonecznego Izba uznała za przedwczesne. Analogicznie należy wskazać na przedwczesność zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zakresie zastosowanej przez Odwołującego w ofercie stawki podatku VAT.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, odnoszący się do braku karty katalogowej grzałki elektrycznej. Zdaniem Izby analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie potwierdza naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na wstępie Izba wskazuje, że w zakresie rozpoznawanego zarzutu, w aspekcie charakteru dokumentów tj. karty katalogowe urządzeń, opisanych w PFU stanowisko Izby jest tożsame z tym, wyrażonym powyżej w uzasadnieniu wyroku o Sygn. akt KIO 318/17. W związku z tym Izba za niecelowe uważa jego powtarzanie.

Z ustaleń Izby wynika, że w części A.3.4 pkt 3 PFU Zamawiający podał:

„Podgrzewacz solarny CWU

Podgrzewacza CWU powinien charakteryzować się parametrami nie gorszymi niż:

- Zbiornik i węzownice zabezpieczone emalią ceramiczną oraz anodą tytanową,
- Rozbieralny płaszcz zewnętrzny z tworzywa sztucznego,
- Izolacja z nierozbieralnej bezfreonowej pianki poliuretanom] grubości min. 50 mm,
- Przewodność cieplna izolacji zasobnika 5: 0,028 W/m*K
- Dwie węzownice jedna dla układu solarnego (min. 1,6 m²) druga dla istniejącego źródła ciepła (min. 0,8 m²),
- Króciec cyrkulacji oraz grzałki elektrycznej,
- Grzałka elektryczna z odizolowanymi elementami grzejnymi o mocy min. 2 kW. wyposażona w termostat
- Właz / kołnierz rewizyjny,
- Stopy umożliwiające wypoziomowanie zbiornika,
- Dopuszczalne ciśnienie robocze nie mniej niż zasobnik 8 bar / węzownice 16 bar,
- Dopuszczalna temperatura medium grzewczego węzownic min. 110°C
- Dopuszczalna temperatura roboczą Zbiornika nie mniej niż 95°C.
- Na wyjściu CWU zamontowany termostatyczny zawór anty-oparzeniowy.

Do oferty dołączyć kartę katalogowa oraz atest PZH”.

Nie było sporne między stronami, że Odwołujący wraz z ofertą złożył kartę katalogową oraz atest PZH dla urządzenia podgrzewacz solarny cwu

W ocenie Izby rozstrzygnięcie sporu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy wobec tak ukształtowanej treści siwz Odwołujący był zobowiązany do dołączenia do oferty karty katalogowej dla grzałki elektrycznej? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

W rozstrzyganym sporze rację ma Odwołujący który twierdził, że zarówno w siwz jak i PFU Zamawiający nie zobowiązał wykonawców ubiegających się o zamówienie do dostarczenia osobnej karty katalogowej grzałki elektrycznej, a jedynie zobowiązał do dołączenia do oferty karty katalogowej oraz atestu PZH podgrzewacza solarnego cwu, którego elementem miała być grzałka elektryczna, co wprost wynika z powołanego powyżej punktu A.3.4 ppkt 3 PFU.

W związku z tym Izba uznała za nietrafną argumentację Zamawiającego, który twierdził, że karta katalogowa musiała potwierdzać wyposażenie urządzenia w grzałkę. Natomiast w sytuacji, gdyby zbiornik cwu wyposażony był jedynie w miejsce na grzałkę należało do oferty dołączyć kartę katalogową grzałki dedykowanej do zbiornika.

Izba wskazuje, że przytoczone powyżej wymagania Zamawiającego, opisane w odpowiedzi na odwołanie, nie znajdują odzwierciedlenia w postanowienia siwz a także PFU, który stanowił integralną część specyfikacji. W tym zakresie Izba zajęła analogiczne stanowisko jak te, prezentowane w uzasadnieniu wyroku o Sygn. akt KIO 318/17. Wobec tego jego powielanie należy uznać za bezcelowe.

Konkludując, Izba potwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Polska Ekologia a także czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert, połączone wraz ze sporządzeniem pełnego, pisemnego uzasadnienia oceny oferty, zawierającego szczegółowe wskazanie powodów i przyczyny, dokonanej czynności.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a) i b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: