

Sygn. akt: KIO 650/18

**WYROK**  
**z dnia 19 kwietnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Zuzanna Idźkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2018 r. przez Wykonawcę **Sanito Sp. z o.o. (ul. Puławska 476 02-884 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym wspólnie przez Zamawiających: Gmina Sochaczew, Gmina Nowa Sucha, Gmina Teresin, Gmina Rybno (adres: **Wójt Gminy Sochaczew Warszawska 115 96-500 Sochaczew**)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A., RCI Sp. z o.o. (Al. Józefa Piłsudskiego 74 41-303 Dąbrowa Górnicza)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego,
2. umarza postępowanie w zakresie:
  - 1) zarzutu zaniechania uzupełnienia dokumentów i przeprowadzenia wyjaśnień dotyczących oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A., RCI Sp. z o.o. i w konsekwencji
  - 2) zarzutu zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy oraz dokonania wyboru jego oferty,
  - 3) zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów postępowania
  - 4) zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie opisanym w pkt 2 tiret 5 i 7 odwołania

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Sanito Sp. z o.o. (ul. Puławska 476 02-884 Warszawa)** i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego - **Sanito Sp. z o.o. (ul. Puławska 476 02-884 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Odwołującego **Sanito Sp. z o.o. (ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego – podmiotów wspólnie prowadzących postępowanie: **Gmina Sochaczew, Gmina Nowa Sucha, Gmina Teresin, Gmina Rybno** (adres: **Wójt Gminy Sochaczew Warszawska 115 96-500 Sochaczew**) kwotę **3600,00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych pięćdziesiąt zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Sochaczew, Gmina Nowa Sucha, Gmina Teresin, Gmina Rybno prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Odnawialne Źródła Energii w gminach: Sochaczew, Nowa Sucha, Rybno i Teresin”, Część II „Odnawialne Źródła Energii w gminach: Sochaczew, Nowa Sucha, Rybno i Teresin - etap II”, współfinansowane ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego 2014-2020, realizowane w ramach 2 etapów (część I i II) zaprojektowanie, modernizacja, budowa układów technologicznych służących do ogrzewania budynków, podgrzewu ciepłej wody użytkowej oraz zasilania budynków energią elektryczną na budynkach mieszkalnych oraz budynkach użyteczności publicznych w Gminach Sochaczew, Nowa Sucha, Teresin, Rybno.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2018-01-24 r. pod numerem 509128-N-2018.

Odwołujący – Sanito sp. z o.o. wniósł odwołanie do części I oraz części II postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.: naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 uPzp (i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 uPzp), w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą wykluczenia Odwołującego - ponieważ jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu pisma z dnia 30.03.2018 r. w wyniku wezwania do wyjaśnienia oraz do uzupełnienia ofert Odwołujący nie wykazał posiadania środków finansowych własnych oraz nie przedstawił pozbawionego wad prawnych oświadczenia podmiotu trzeciego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) uPzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą odrzucenia oferty Odwołującego - ponieważ jak wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu pisma z dnia 30.03.2018 r. treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz PFU w zakresie parametrów technicznych pomp ciepła, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) uPzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. oraz RCI Sp. z o.o., zwanego dalej „MZUM-RCI”, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego w części III i przedmiotu oferty oraz w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 uPzp, poprzez poinformowanie o dokonaniu wyboru MZUM-RCI jako oferty najkorzystniejszej w części I i II zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien dokonać odrzucenia ofert wykonawcy i dokonać wyboru oferty Odwołującego, względnie naruszenie art. 26 ust. 3 w

zw. z art. 87 ust. 1 uPzp, w wyniku zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie treści oferty, przedstawionych przez Odwołującego Zamawiającemu pismem z dnia 12.03.2018 r.; naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 uPzp w związku z zaniechaniem udostępnienia Odwołującemu dokumentów w zakresie wskazanym w dwóch pismach Odwołującego z dnia 28.03.2018 r. i jednym z dnia 30.03.2018 r., co równocześnie uniemożliwiło Odwołującemu uwzględnienie w treści składanego odwołania ewentualnych dodatkowych argumentów lub zarzutów odwoławczych, co jednocześnie stanowi przejaw rażącego utrudniania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz czynności polegającej na wyborze oferty MZUM-RCI, jako oferty najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert wraz z udostępnieniem informacji dotychczas nieujawnionych; nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty MZUM-RCI oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 uPzp (i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 uPzp), w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą wykluczenia Odwołującego z uwagi na brak wykazania przez Odwołującego posiadania środków finansowych własnych (w wyniku wezwania do wyjaśnienia oraz do uzupełnienia ofert) oraz brak przedstawienia pozbawionego wad prawnych oświadczenia podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał, że nie był wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia w zakresie udostępnionego potencjału finansowego.

W zakresie skierowanego przez Zamawiającego zapytania dotyczącego zobowiązania podmiotu trzeciego, którym jest Fundacja Trzy Trąby, udostępniającego zasoby w postaci środków finansowych, Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z § 10 ust. 1 lit. j) Statutu, Fundacja realizuje cele statutowe m.in. poprzez działania z zakresu rozwoju przedsiębiorczości. Ponadto Fundacja wyodrębniła w ramach funduszu założycielskiego środki przeznaczone na prowadzenie działalności gospodarczej Fundacji, co tym samym wskazuje, że prowadzenie działalności gospodarczej przez Fundację co do zasady nie przeczy jej istocie. Jednocześnie i w konsekwencji w § 13 ust. 2 lit. e) i f) Statutu wskazuje się, że środki na realizację celów Fundacji i pokrycie kosztów jej działalności pochodzą m.in. z odsetek oraz dochodów z tytułu własnej działalności gospodarczej oraz z tytułu udziału w zyskach osób prawnych. Odwołujący wskazał także, że z § 16 ust. 2 lit. h) Statutu wynika, że zakres prowadzonej przez Fundację działalności gospodarczej obejmuje m.in. działalność związana z pozyskiwaniem i redystrybucją środków finansowych (...). Jeśli więc działalność zarobkowa przykładowo w postaci udostępnienia zasobów finansowych podmiotowi trzeciemu - spółce

Sanito sp. z o.o., została oceniona przez Fundację (w zakresie rozmiarów i sposobu) jako działalność służąca realizacji założonych przez nią celów, to może być przez nią prowadzona i powyższe nie stoi w sprzeczności z przepisami obowiązującego prawa.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wziął powyższych wyjaśnień pod uwagę i nie odniósł się do nich na żadnym etapie prowadzonego postępowanie, również w samej informacji o wykluczeniu Odwołującego.

Jak wskazywał Odwołujący w swoich wyjaśnieniach, powyższe mieści się bowiem w ramach prawnych zakreślonych w ustawie z 6 kwietnia 1984 roku o fundacjach (dalej „ustawa”). W świetle art. 5 ust. 5 powołanej ustawy, fundacja może prowadzić działalność gospodarczą w rozmiarach służących realizacji jej celów. Jeśli udostępnienie zasobów spółce Sanito sp. z o.o. zostało ocenione przez Fundację jako służące realizacji jej celów, to tym samym brak kompetencji Zamawiającego do podważania takiego sposobu działania Fundacji, w szczególności, że wątpliwości Zamawiającego zostały oparte jedynie o zapisy widniejące w odpisie KRS, a tym samym zostały oparte na niepełnej wiedzy co do formalno-prawnych uwarunkowań działania Fundacji. Zdaniem odwołującego, punkt ciężkości powinien być położony nie na dosłowne brzmienie postanowień statutu fundacji (choćby treść Statutu dopuszcza prowadzenie działalności związanej z pozyskiwaniem i redystrybucją środków finansowych), ale na aspekt ich realizacji w praktyce. Przy czym działalność zarobkowa winna pełnić rolę pomocniczą w stosunku do działalności podstawowej. Rozmiar tej aktywności powinien być zatem oceniany następczo, w konkretnych realiach funkcjonowania fundacji i realizowanych przez nią celów.

Odwołujący wskazywał także, że zgodnie z treścią art. 12 ust. 1 ustawy o zgodności działania fundacji z przepisami prawa i statutem oraz z celem, w jakim fundacja została ustanowiona, orzeka sąd w postępowaniu nieprocesowym na wniosek właściwego ministra lub starosty. W konsekwencji kompetencje do podważenia skuteczności działalności Fundacji posiada zgodnie z powyższym ww. organ (właściwy minister lub starosta), tym niemniej przedstawiony na wstępie wywód oparty o treść postanowień Statutu, w ocenie Sanito sp. z o.o. w wystarczającym stopniu powinien rozwiewać wątpliwości Zamawiającego. W konsekwencji bezskuteczność (ze względu na brak uprawnień Zamawiającego - jako właściwy minister czy starosta lub organ sądowy) i pobieżność przeprowadzonych wyjaśnień, wskazuje zarówno na naruszenia zawarte w treści zarzutu, jak również na zaniechania Zamawiającego w zakresie skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wystąpienia o udzielenie dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał także, że w przypadku braku potwierdzenia zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający jest zobowiązany wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co stanowi o zaniechaniu stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) uPzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz PFU w zakresie parametrów technicznych pomp ciepła.

Ad. tiret 1

Zgodnie z wymogami PFU np. PFU Nowa Sucha str. 34 Zamawiający wymagał:

„Zastosowana sprężarka ma umożliwiać uzyskanie wysokich współczynników efektywności (OOP do 5,0) oraz temperatur na zasilaniu do 65 °C.

Zgodnie z wymogami PFU np. PFU Nowa Sucha str. 35 „Maksymalna temperatura zasilania do 65°C”. Zamawiający określił parametr temperatury zasilania jako: „Maksymalna temperatura zasilania do 65 C.

Zgodnie z wymogami Zamawiającego geotermalne pompy ciepła, które spełniają wymogi Zamawiającego mają charakteryzować się parametrem maksymalnej temperatury zasilania nie przekraczającej 65°C

Wraz z ofertą Odwołujący złożył karty katalogowe pomp ciepła. Na str. 116 dokumentacji technicznej widnieje zapis: Maksymalne temperatury na zasilaniu dla wysokiego komfortu ciepłej wody użytkowej do 65 °C. W dokumentacji technicznej złożonej na wezwanie Zamawiającego dla pomp ciepła Vitoca G301 A29 str. 163 widnieje zapis: „Maksymalne temperatury na zasilaniu dla wysokiego komfortu ciepłej wody użytkowej do 60°C” W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego zaoferowane pompy ciepła spełniają wymogi Zamawiającego.

Ad. tiret 2

Zgodnie z wymogami PFU np. PFU Nowa Sucha str. 35 Zamawiający wymagał geotermalnych pomp ciepła: „Poziom ciśnienia akustycznego < 42 dB(A)”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie podał żadnych warunków, tj. normy, czy odległości od urządzenia, w której wymagałby spełnienia warunku ciśnienia akustycznego 42 db(A).

W specyfikacji technicznej dostępnej na stronie internetowej producenta, w danych technicznych nie jest podany poziom ciśnienia, a jedynie moc akustyczna, która to jest potrzeba aby obliczyć poziom ciśnienia akustycznego.

Odwołujący podkreślił, że moc akustyczna i ciśnienie akustyczne to dwa różne parametry opisujące dźwięk, których nie można porównywać ze sobą.

Zdaniem odwołującego, według rozumienia zapisu SIWZ zaoferowana pompa Vitocal G 301. A29 spełnia warunek, gdyż Zamawiający w PFU nie zastrzegł braku tzw. spreparowanych parametrów pomieszczenia oraz w przypadku gruntowych pomp ciepła. Nie opisał ponadto warunków pomiaru ciśnienia akustycznego, nie podał także normy, według której ten poziom ciśnienia akustycznego oraz w jakiej odległości od urządzenia ma być określony.

Ad. tiret 3

Zgodnie z wymogami PFU np. PFU Nowa Sucha str. 34 Zamawiający wymagał:

„Zastosowana sprężarka ma umożliwić uzyskanie wysokich współczynników efektywności (OOP do 5,0)“.

*Wymóg PFU np. PFU Nowa Sucha str. 35 „Współczynnik efektywności: wartość COP wg EN 14511 do 5,0 (solanka 0°C/woda 35°C) (COP - Coefficient of Performance)“*

Zgodnie z wymogami Zamawiającego geotermalne pompy ciepła, które spełniają wymogi Zamawiającego, mają charakteryzować się współczynnikiem COP do 5,0.

Odwołujący złożył wraz z ofertą karty katalogowe pomp ciepła. Na str. 116 dokumentacji technicznej znajduje się stwierdzenie: „Niskie koszty eksploatacji ze względu na wysoką wartość COP wg EN 14511: Do 5.0 (B0/W35)“. W dokumentacji technicznej złożonej na wezwanie Zamawiającego dla pomp ciepła Vitocal G 301 A29 str. 163 znajduje się stwierdzenie: „Niskie koszty eksploatacji ze względu na wysoką wartość COP wg EN 14511: do 4,8 (B0/W35)“. Zdaniem Odwołującego, zaoferowane pompy ciepła spełniają wymogi Zamawiającego.

Ad. tiret 4

Zgodnie z wymogami PFU np. PFU Nowa Sucha str. 34 Zamawiający wymagał, aby powietrzne pompy ciepła charakteryzowały się: „Poziom mocy akustycznej dla pracy z obiegiem wewnętrznym powietrza przy podgrzewie cwu z 15 stC do 60 stC i temp. powietrza na wlocie 15stC - Max. 56 dB (wg. Normy EN 12102/EN ISO 9614-2,)“.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30.03.2018 r. Zamawiający jako jedną z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego wskazał: Zaoferowane pompy powietrzne DIMPLEX LA 12S-TU i LA 18S-TU charakteryzują się poziomem mocy akustycznej niezgodnym z SIWZ. W tabeli wskazano poziom 54 dB(A), a w odnośniku napisano: Podany poziom ciśnienia akustycznego odpowiada odgłosom eksploatacji pompy ciepła w trybie grzania przy temperaturze zasilania 35°C. Podany poziom ciśnienia akustycznego przedstawia poziom pola swobodnego.

Odwołujący wyjaśnił, że w zależności od miejsca instalacji mierzone wartości mogą się różnić do 16 dB(A). Oznacza to, że maksymalny poziom może zawierać się w przedziale od 38 dB(A) tj. - 16 dB(A) względem SIWZ aż do 70 dB(A) tj. +16 dB(A) względem SIWZ, a każda wartość powyżej 56 dB(A) jest niezgodna z SIWZ.

Zgodnie z załączoną do oferty dokumentacją techniczną zaoferowane pompy ciepła DIMPLEX LA 12S- TU i LA 18S-TU charakteryzują się poziomem mocy akustycznej 54 dB wg. Normy EN 12102 (str. 167, 168 oraz str. 172 i 173). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie odczytał dane zawarte w karcie katalogowej odnosząc się do poziomu ciśnienia akustycznego, a nie poziomu mocy akustycznej.

Odwołujący podkreślił, że moc akustyczna i ciśnienie akustyczne to dwa różne parametry opisujące dźwięk, których nie można porównywać ze sobą. Moc akustyczna jest charakterystyczną wielkością źródła dźwięku, którą można wyznaczyć tylko na podstawie pomiarów. Wielkość ta opisuje całkowitą energię emitowaną w jednostce czasu przez źródło dźwięku we wszystkich kierunkach. Ciśnienie akustyczne powstaje tam, gdzie źródło dźwięku wprawia w drgania powietrze, zmieniając w ten sposób jego ciśnienie. Im większa jest zmiana ciśnienia powietrza, tym dźwięk jest odbierany jako głośniejszy. Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z wytycznymi Producenta, poziom mocy akustycznej urządzenia LA 12S-TU/LA 18S-TU wynosi 54 db(A).

Ad. tiret 5

Zgodnie z wymogami PFU np. PFU Nowa Sucha str. 33 Zamawiający wymagał zastosowania powietrznych pomp ciepła o „*konstrukcji - Rozdzielna - zbiornik cwu i pompa ciepła w rozdzielnej obudowie*”

Odwołujący wskazał, że zaoferowane pompy ciepła LA 12S-TU i LA 18S-TU to urządzenia typu MONOBLOK, które w jednostce zewnętrznej posiadają zabudowany kompletny układ chłodniczy (sprężarkę/sprężarki, skraplacz, parownik, zawór rozprężny itp.). W tego typu konstrukcji urządzeń, zasobnik c.w.u. jest urządzeniem zewnętrznym (oddzielnym od pompy ciepła - w rozdzielnej obudowie), montowanym w pomieszczeniu maszynowni/kotłowni pompy ciepła. Powyższa konstrukcja wynika z załączonych do oferty kart katalogowych zaoferowanych pomp ciepła.

Odwołujący wyjaśnił, że konstrukcja typu „monoblok” określa zintegrowanie: sprężarki, skraplacza, parownika, zaworu rozprężnego itp. w jednej obudowie a nie zintegrowanie zbiornika c.w.u. i pompy ciepła w jednej obudowie. W związku z powyższym zaoferowane pompy ciepła spełniają wymogi postawione przez Zamawiającego.

Ad. tiret 6

Odwołujący zauważył, że: „w związku z tym, że zasobnik c.w.u. oraz pompa ciepła są oddzielnymi urządzeniami, to zasobnik c.w.u. winien być zabezpieczony przed korozją. Pompa ciepła współpracuje z zasobnikiem c.w.u. poprzez węzownicę grzewczą (integralną część zasobnika c.w.u.) lub wymiennik płytowy, stąd nie kontaktuje się z wodą użytkową. W związku z tym pompa ciepła nie wymaga zabezpieczenia antykorozyjnego. Zabezpieczenia w postaci emali i anody magnezowej zastosowane zostaną w zasobniku ciepłej wody użytkowej będącego, zgodnie z wymogami Zamawiającego, częścią instalacji pomp ciepła. Zaoferowane pompy ciepła DIMPLEX LA 12S-TU i LA 18S-TU, zgodnie z wymogami Zamawiającego, są rozdzielne tj. zbiornik c.w.u. i pompa ciepła mają być w rozdzielnej obudowie.”



Ad tiret 7

Odwołujący przedstawił w treści oferty oraz w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień karty katalogowe pomp ciepła DIMPLEX LA 12S-TU oraz LA 18S-TU, z których wynika, że maksymalna temperatura na zasilaniu wynosi 60 °C, odchyłka  $\pm 2\%$  zależy od typu pompy ciepła i stosowanego czynnika chłodniczego. Odwołujący wyjaśnił, że w pompach ciepła LA 12S-TU/LA 18S-TU zastosowano konstrukcję oraz czynnik grzewczy R410A, który zapewnia maksymalną temperaturę zasilania 60°C, zgodnie z kartą katalogową przedłożoną na wezwanie Zamawiającego.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) uPzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z Ustawą zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA, oraz RCI Sp. z o.o., pomimo że treść oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanego w części I i II przedmiotu oferty; oraz w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 uPzp, poprzez poinformowanie o dokonaniu wyboru MZUM-RCI jako oferty najkorzystniejszej w części I i II zamówienia.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności:

Zgodnie z wymogami w PFU Zamawiający wymagał kolektorów słonecznych o maksymalnej powierzchni brutto max. 2,00 m<sup>2</sup>. Zaoferowany przez Przystępującego kolektor ma powierzchnię brutto 2,18 m<sup>2</sup>.

W zakresie współczynnika  $a_1$  Zamawiający wymagał max. 3,778 [W/m<sup>2</sup>K]. Kolektor zaoferowany przez Przystępującego ma współczynnik  $a_1 = 3,99$  [W/m<sup>2</sup>K]

Zamawiający wymagał kolektora o sprawności min. 84,9 %, kolektor zaoferowany przez Przystępującego ma 80,00%

Zamawiający wymagał kolektorów o mocy:

Dla  $T_m - T_a = 0\text{K}$  -> min 1583W Dla  $T_m - T_a = 10\text{K}$  -> min 1510W Dla  $T_m - T_a = 30\text{K}$  -> min 1345 W Dla  $T_m - T_a = 50\text{K}$  -> min. 1155 W Dla  $T_m - T_a = 70\text{K}$  -> min. 942 W

Kolektor zaoferowany przez Przystępującego ma moc:

Dla  $T_m - T_a = 0\text{K}$  -> min 1608W

Dla  $T_m - T_a = 10\text{K}$  -> min 1525W

Dla  $T_m - T_a = 30\text{K}$  -> min 1342 W

Dla  $T_m - T_a = 50\text{K}$  -> min. 1138 W

Dla  $T_m - T_a = 70\text{K}$  -> min. 911 W

Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego nie spełnia postawionych Zamawiającego wymogów. Opisane niezgodności treści oferty skutkują koniecznością odrzucenia ww. ofert bez jednoczesnej możliwości uzupełnienia jej treści.

Naruszenie (względnie) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 uPzp, w wyniku zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie treści oferty.

Odwołujący wskazał, że w przypadku gdyby Zamawiający nie podzielał na tym etapie argumentacji Odwołującego z punktu powyżej i uważał, że istnieje potrzeba uzupełnienia wiedzy i informacji w tym zakresie, a przedstawione informacje nie były wystarczające, to w takim przypadku Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 uPzp, ze względu na nieprzeprowadzenie stosownych wyjaśnień, pomimo otrzymania toku postępowania od Odwołującego zawiadomienia (pismo z dnia 12.03.2018 r.) o uchybieniach oferty MZUM-RCI.

Naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 uPzp w związku z zaniechaniem udostępnienia Odwołującemu dokumentów w zakresie wskazanym w dwóch pismach Odwołującego z dnia 28.03.2018 r. i jednym z dnia 30.03.2018 r., co uniemożliwiło Odwołującemu uwzględnienie w treści odwołania ewentualnych dodatkowych argumentów lub zarzutów odwoławczych, co jednocześnie stanowi przejaw rażącego utrudniania uczciwej konkurencji.

Odwołujący w związku z rozstrzygnięciem przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania, widząc uprzednio potrzebę dostępu do informacji umożliwiających mu skorzystanie (skuteczne, pełnoprawne, a nie iluzoryczne) ze środków ochrony prawnej, wystąpił pismami z dnia 28 i 30 marca 2018 r. do Zamawiającego o udostępnienie określonych informacji, w tym dotyczących treści złożonej oferty MZM-RCI, korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z ww. wykonawcą ewentualnych opinii, ekspertyz dotyczących przedmiotowego postępowania. Zamawiający do dnia złożenia odwołania nie udostępnił Odwołującemu żądanej dokumentacji, czym w ocenie Odwołującego naruszył wskazane w zarzucie przepisy prawa.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien samodzielnie ocenić, czy zastrzeżone informacje rzeczywiście zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Badanie i ocena zaistnienia określonych przesłanek winna odbywać się w odniesieniu do poszczególnych informacji, a nie w odniesieniu do poszczególnych dokumentów. W większości, bowiem przypadków, cały dokument nie zawiera i nie zasługuje na nadanie mu klauzuli przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i**

**dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za nieuzasadniony uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, polegający na bezzasadnym i niezgodnym z ustawą odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz PFU w zakresie parametrów technicznych pomp ciepła. Brak spełnienia wymagań SIWZ prowadzi do stwierdzenia, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego tego artykułu.

Zamawiający w tabeli przedstawił minimalne parametry techniczne pomp ciepła powietrze-woda. Zgodnie z treścią zawartą w wierszu 4 w tabeli (str. 33), Zamawiający w kolumnie opis wymagań wpisał: zabezpieczenie antykorozyjne, zaś w parametrach wymaganych: emalia z anodą magnezową.

Zamawiający uznał, że zaoferowane przez Odwołującego pompy powietrzne Dimplex LA 12S-TU i LA 18S-TU pozbawione są wymaganego zabezpieczenia antykorozyjnego dla podgrzewu cwu.

Odwołujący wskazał, że: „zasobnik c.w.u. oraz pompa ciepła są oddzielnymi urządzeniami, to zasobnik c.w.u. winien być zabezpieczony przed korozją. Pompa ciepła współpracuje z zasobnikiem c.w.u. poprzez węzownicę grzewczą (integralną część zasobnika c.w.u.) lub wymiennik płytowy, stąd nie kontaktuje się z wodą użytkową. W związku z tym pompa ciepła nie wymaga zabezpieczenia antykorozyjnego. Zabezpieczenia w postaci emalii i anody magnezowej zastosowane zostaną w zasobniku ciepłej wody użytkowej będącego, zgodnie z wymogami Zamawiającego, częścią instalacji pomp ciepła.”

Z powyższego jednoznacznie wynika, że zaoferowana przez Odwołującego pompa ciepła nie posiada zabezpieczenia antykorozyjnego – przyznał to sam Odwołujący.

W trakcie rozprawy Odwołujący twierdził, że: zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, pompa i zbiornik miały znaleźć się w różnych obudowach, co oznacza, że nie jest wiadomo, gdzie powinna znaleźć się anoda – czy w zbiorniku, czy w pompie ciepła. Odwołujący twierdził, że wszystkie pompy na rynku nie mają takiego zabezpieczenia, jak anoda i emalia. Należy zauważyć, że powyższe stwierdzenie Odwołującego odnosi się do treści postanowienia SIWZ. Na tym etapie postępowania, kwestionowanie postanowień SIWZ jest spóźnione.

Postępowanie przed Izba jest kontrydiktoryjne. Strony przedstawiają dowody na poparcie swoich twierdzeń. Odwołujący nie podjął próby wykazania prawdziwości swojego twierdzenia, że żadna z pomp na rynku nie posiada zabezpieczenia w postaci anody i emalii. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił swojego twierdzenia. Nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, w tym chociażby oświadczenia producentów pomp. Przedstawiona przez Odwołującego „Analiza wymagań i procesu postępowania przetargowego dotycząca pomp ciepła”, sporządzona przez dr inż. A. M., nie stanowi takiego dowodu. Przede wszystkim treść tej analizy nie zawiera stwierdzenia, aby wszystkie pompy na rynku nie posiadały takiego zabezpieczenia, jak anoda i emalia. Zawiera natomiast jedynie krytyczną ocenę uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w tym zakresie. Powyższe nie stanowi natomiast dowodu, że nie było możliwe zaoferowanie pompy ciepła zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Skoro brak jest dowodów, lub chociażby uprawdopodobnienia faktu, że nie jest możliwe zaoferowanie pompy zgodnej z wymaganiami Zamawiającego ze względów obiektywnych, to Izba nie miała podstaw do uznania, że odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ jest niezasadne.

Ponadto, jak wskazano powyżej, kwestionowanie postanowień SIWZ na obecnym etapie należy uznać za spóźnione.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie wymogu maksymalnej temperatury na zasilaniu wody użytkowej (pompy geotermalnej Vitocal G 301. A29), a także w zakresie umożliwienia uzyskania współczynników efektywności (COP do 5.0).

Na stronie 34 PFU Zamawiający postawił wymaganie dotyczące pompy geotermalnej: „Zastosowana sprężarka ma umożliwiać uzyskanie wysokich współczynników efektywności (COP do 5,0) oraz temperatur na zasilaniu do 65 °C.” Dalej, na stronie 35, Zamawiający wymagał wykonania instalacji geotermalnych pomp ciepła przy użyciu pomp ciepła geotermalnych typu solanka-woda i woda-woda o następujących parametrach minimalnych: (...) 4. Współczynnik efektywności: wartość COP wg EN 14511 do 5,0 (solanka 0°C/woda 35°C) (COP – Coefficient of Performance) 5. Maksymalna temperatura zasilania do 65 °C”

Powyższe postanowienia SIWZ są spójne. Wynika z nich jednoznacznie, że sprężarka musi osiągać temperaturę na zasilaniu 65 °C. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, fakt że urządzenie miało mieć możliwość osiągnięcia temperatury 65 °C i nie przekroczyć tej temperatury. Zaoferowanie zatem pompy, która osiąga jedynie 60 °C nie spełnia wymagań SIWZ.

Podobne uwagi należy odnieść do wymagania dotyczącego możliwości uzyskania współczynników efektywności (COP do 5.0). Zgodnie z postanowieniami SIWZ, zastosowana

sprężarka ma umożliwić uzyskanie wysokich współczynników efektywności (COP do 5,0). Powyższe postanowienie oznacza, że pożądane przez Zamawiającego było uzyskanie jak najwyższego współczynnika efektywności, określonego jako 5.0. Tym samym zaoferowanie pompy geotermalnej charakteryzującej się poziomem wskaźnika COP 4,83 nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ w zakresie wymogu dotyczącego poziomu ciśnienia akustycznego  $\leq 42$  dB(A).

Zamawiający wskazał, że zaoferowane pompy geotermalne charakteryzują się głośnością niższą niż 42dB(A) w warunkach precyzyjnie zdefiniowanych przez Wykonawcę, natomiast Zamawiający wymagał uzyskania tego parametru bez wskazania konkretnych spreparowanych parametrów pomieszczenia.

W trakcie rozprawy Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie określił, jakiego punktu i wg jakiej normy dotyczy wymaganie poziomu ciśnienia akustycznego  $\leq 42$  dB(A).

Skoro Zamawiający nie określił warunków, w jakich ma być mierzony poziom ciśnienia akustycznego, to oznacza, że Zamawiający wymagał, aby poziom ciśnienia akustycznego urządzenia spełniał powyższy wymóg zawsze, nie zaś w konkretnych warunkach. Jest to o tyle szczególne w niniejszym postępowaniu, że urządzenia zostaną zainstalowane w pomieszczeniach mieszkańców gmin, zatem nie będzie możliwości modyfikacji tych pomieszczeń. Okoliczność ta była znana Odwołującemu (i tej okoliczności Odwołujący nie zaprzeczył). Każdy wykonawca miał zatem możliwość sprawdzić, gdzie i jakie urządzenie będzie mógł zainstalować.

Ponadto Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że „Odpowiedź Wykonawcy nie znajduje poparcia w specyfikacji technicznej urządzenia pobranej ze strony internetowej producenta, gdzie parametr podano jako max.  $\leq 44$  dB(A), a nie max  $<44$  dB(A).”

Z ustaleń Zamawiającego wynikało zatem, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagania Zamawiającego i przekracza wartość wymaganego parametru.

Odwołujący wskazywał na okoliczność, że na stronie internetowej producenta nie został podany poziom ciśnienia, a jedynie moc akustyczna, która jest potrzebna, aby obliczyć poziom ciśnienia akustycznego. Odwołujący podkreślał, że moc akustyczna i ciśnienie akustyczne to dwa różne parametry, których nie można porównywać ze sobą.

Nawet przyjmując oświadczenie Odwołującego jako wiarygodne, należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowane przez niego urządzenie spełniało wymaganie Zamawiającego - parametr poziomu ciśnienia akustycznego  $\leq 42$  dB(A). Zatem Odwołujący

nie wykazał spełnienia wymagania SIWZ. Tym samym zarzut należało uznać za bezzasadny.

Zamawiający wymagał, aby powietrzne pompy ciepła charakteryzowały się poziomem mocy akustycznej max 56 dB. Odwołujący wskazał, że: „Zgodnie z załączoną do oferty dokumentacją techniczną zaoferowane pompy ciepła DIMPLEX LA 12S- TU i LA 18S-TU charakteryzują się poziomem mocy akustycznej 54 dB wg. Normy EN 12102 (str. 167, 168 oraz str. 172 i 173). Zamawiający błędnie odczytał dane zawarte w karcie katalogowej odnosząc się do poziomu ciśnienia akustycznego, a nie poziomu mocy akustycznej.

Moc akustyczna i ciśnienie akustyczne to dwa różne parametry opisujące dźwięk, których nie można porównywać ze sobą. Moc akustyczna jest charakterystyczną wielkością źródła dźwięku, którą można wyznaczyć tylko na podstawie pomiarów. Wielkość ta opisuje całkowitą energię emitowaną w jednostce czasu przez źródło dźwięku we wszystkich kierunkach.

Ciśnienie akustyczne powstaje tam, gdzie źródło dźwięku wprawia w drgania powietrze, zmieniając w ten sposób jego ciśnienie. Im większa jest zmiana ciśnienia powietrza, tym dźwięk jest odbierany jako głośniejszy. Zgodnie z wytycznymi Producenta, poziom mocy akustycznej urządzenia LA 12S-TU/LA 18S-TU wynosi 54 db(A).”

W ocenie Izby powyższy zarzut jest zasadny. Zamawiający nie wykazał, aby prawidłowo odczytał dane zawarte w karcie katalogowej odnoszące się do poziomu mocy akustycznej. Zamawiający nie wykazał, aby wskazywany przez niego poziom ciśnienia akustycznego oznaczał przekroczenie wymaganej w SIWZ mocy akustycznej w wysokości 56 dB. Jednakże, nawet pomimo uwzględnienia tego zarzutu, należy wskazać, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na ww. niezgodności z treścią SIWZ.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczący bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu środków finansowych.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku przedstawił oświadczenie podmiotu trzeciego – Fundacji Trzy Trąby, dotyczące udostępnienia potencjału finansowego.

Zamawiający w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazał, że: „z załączonego wypisu KRS z dnia 08.02.2018 r. oraz ze złożonych wyjaśnień do oferty wynika, że Fundacja może udzielać wsparcia finansowego jedynie organizacjom społecznym, fundacjom i stowarzyszeniom. Firma „Sanito” sp. z o.o., jak z samej nazwy wynika, jest spółką – „podmiotem gospodarczym”. ”

Odwołujący wskazywał, że jeśli udostępnienie zasobów spółce Sanito sp. z o.o. zostało ocenione przez Fundację jako służące realizacji jej celów, to tym samym brak kompetencji Zamawiającego do podważania takiego sposobu działania Fundacji, w szczególności, że wątpliwości Zamawiającego zostały oparte jedynie o zapisy widniejące w odpisie KRS, a tym samym zostały oparte na niepełnej wiedzy co do formalno-prawnych uwarunkowań działania Fundacji.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający jest uprawniony do badania treści zobowiązania pod kątem realności udostępnienia potencjału, prawdziwości i prawidłowości złożonego oświadczenia o udostępnieniu potencjału. Nie można zatem czynić zarzutu Zamawiającemu, że wnikliwie analizował przedstawione mu dokumenty i badał prawidłowość przedstawionego mu zobowiązania.

Odwołujący wyjaśnił, że: „zgodnie z § 10 ust. 1 lit. j) Statutu, Fundacja realizuje cele statutowe m.in. poprzez działania z zakresu rozwoju przedsiębiorczości. Ponadto Fundacja wyodrębniła w ramach funduszu założycielskiego środki przeznaczone na prowadzenie działalności gospodarczej Fundacji, co tym samym wskazuje, że prowadzenie działalności gospodarczej przez fundację co do zasady nie przeczy jej istocie. Jednocześnie i w konsekwencji w § 13 ust. 2 lit. e) i f) Statutu wskazuje się, że środki na realizację celów Fundacji i pokrycie kosztów jej działalności pochodzą m.in. z odsetek oraz dochodów z tytułu własnej działalności gospodarczej oraz z tytułu udziału w zyskach osób prawnych. Co więcej na podstawie § 16 ust. 2 lit. h) Statutu wynika, że zakres prowadzonej przez Fundację działalności gospodarczej obejmuje m.in. działalność związaną z pozyskiwaniem i redystrybucją środków finansowych (...). Jeśli więc działalność zarobkowa przykładowo w postaci udostępnienia zasobów finansowych podmiotowi trzeciemu - spółce Sanito sp. z o.o., została oceniona przez Fundację (w zakresie rozmiarów i sposobu) jako działalność służąca realizacji założonych przez nią celów, to może być przez nią prowadzona i powyższe nie stoi w sprzeczności z przepisami obowiązującego prawa.”

Przywoływane przez Odwołującego w treści wyjaśnień oraz w treści odwołania postanowienia statutu Fundacji również nie wskazują na możliwość udostępnienia Odwołującemu przez Fundację potencjału finansowego.

Przywoływany przez Odwołującego § 16 ust. 2 lit. h) statutu Fundacji stanowi, że zakres prowadzonej przez Fundację działalności gospodarczej obejmuje działalność związaną z pozyskiwaniem i redystrybucją środków finansowych poprzez lokaty w papiery wartości lub w inne aktywa w imieniu własnym lub beneficjentów, z wyłączeniem zarządzania [działalność trustów, funduszy i podobnych instytucji finansowych].

Powyższe brzmienie statutu Fundacji wskazuje, że Fundacja może prowadzić działalność gospodarczą w formie lokat w papiery wartościowe lub inne aktywa, a nie w formie udostępniania środków pieniężnych przedsiębiorcom, takim jak Odwołujący. Z treści wyjaśnień do Polskiej Klasyfikacji Działalności wynika, że powyższy przedmiot działalności, odpowiadający zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności działalność trustów, funduszy i podobnych instytucji finansowych, obejmuje przede wszystkim działalność funduszy inwestycyjnych. Odwołujący nie wykazał, aby udostępnienie mu potencjału finansowego przez Fundację nastąpiło w sposób zgodny ze statutem Fundacji, a więc formie redystrybucji środków finansowych poprzez lokaty w papiery wartości lub w inne aktywa w imieniu własnym lub beneficjentów.

Możliwość udostępnienia Odwołującemu potencjału finansowego wyklucza także § 9 statutu Fundacji, opisujący jej cele. Zgodnie z § 9 pkt 8 statutu Fundacji, Fundacja może udzielać wsparcia finansowego, jednakże jest to możliwe tylko po łącznym spełnieniu następujących warunków: wsparcie finansowe udzielane jest przez Fundację dla organizacji społecznych, fundacji i stowarzyszeń (ograniczenie podmiotowe), które działają w obszarach wskazanych w § 9 pkt 1 – 7 statutu, obejmujących ochronę dziedzictwa kulturalnego i jego upowszechnianie, pomoc w edukacji oraz starcie życiowym oraz prowadzenie działalności na rzecz rozwoju przedsiębiorczości oraz aktywizacji zawodowej i życiowej dla młodzieży, rozwijanie i umacnianie postaw nastwionych na aktywne współdziałanie w rozwoju przedsiębiorstwa obywatelskiego, działalność na rzecz organizacji, których celem statutowym jest działalność naukowa, naukowo-techniczna, oświatowa, kulturalna, w zakresie kultury fizycznej i sportu, organizacja i wspieranie działań charytatywnych na rzecz osób chorych, uzależnionych, starszych, ubogich, rodzin wielodzietnych, ludzi poszkodowanych przez wojny i klęski żywiołowe, wsparcie organizacji zajmujących się ochroną przyrody (ograniczenie przedmiotowe). Odwołujący jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie należy do kategorii organizacji społecznych, fundacji i stowarzyszeń, a przedmiot przetargu nie może zostać zaliczony do obszarów działania, wymienionych w § 9 pkt 1-7 statutu Fundacji.

Na możliwość udostępnienia Odwołującemu potencjału przez Fundację nie wskazuje także powoływany przez Odwołującego § 10 ust. 1 lit. j) Statutu, zgodnie z którym Fundacja realizuje cele statutowe m.in. poprzez działania z zakresu rozwoju przedsiębiorczości i aktywizacji zawodowej. Ten zapis statutu nie może być analizowany w oderwaniu od treści § 9 statutu Fundacji, opisującego jej cele. Jedynym celem Fundacji, związanym z rozwojem przedsiębiorczości, jest cel opisany w § 9 pkt 3 statutu, obejmujący „pomoc w edukacji i starcie życiowym oraz prowadzenie działalności na rzecz rozwoju przedsiębiorczości oraz aktywizacji zawodowej i życiowej dla młodzieży z Polski i terenów dawnej I Rzeczypospolitej”.



Powyższy cel wiąże się z rozwojem przedsiębiorczości wśród młodzieży, a rozwój przedsiębiorczości wśród młodzieży nie był celem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Z powyższych względów Izba podziela stanowisko Zamawiającego, dotyczące braku możliwości udostępnienia Odwołującemu potencjału finansowego przez Fundację Trzy Trąby.

Izba nie nakazywała Zamawiającemu czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z artykułem 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta podlegałaby odrzuceniu. Skoro oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, brak jest podstawy do dokonywania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku potencjału finansowego.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczących bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego – w zakresie punktu 2 tiret 5 i 7 odwołania, a także w zakresie oferty Przystępującego – co do braku wyjaśnienia jej treści i w konsekwencji bezzasadnego jej nieodrzućenia z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ, a także w zakresie zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów w zakresie wskazanym w dwóch pismach Odwołującego z dnia 28.03.2018 r. i jednym z dnia 30.03.2018 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wyjaśnienia treści oferty Przystępującego i w konsekwencji bezzasadnego jej nieodrzućenia z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ, Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił na pytanie Izby, że ocenił ofertę Przystępującego na podstawie złożonych dotychczas wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że nie dokonał oceny tej oferty na podstawie certyfikatu Solar key mark. Wobec wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania wątpliwości, Zamawiający zobowiązał się w treści odpowiedzi na odwołanie do wezwania Przystępującego do uzupełnienia tego dokumentu i dokonania ponownego badania i oceny oferty. Zamawiający oświadczył także, że nie jest mu znana treść tego certyfikatu i badanie oferty w tym zakresie nastąpi po zapoznaniu się z treścią tego certyfikatu.

Z tego też względu Zamawiający dokonał uwzględnienia zarzutu i zobowiązał się do dokonania ponownego badania i oceny oferty Przystępującego w zakresie podnoszonych zarzutów.

Podkreślenia wymaga fakt, że badania i ocena oferty Wykonawcy dokonywana jest przez Zamawiającego. Izba nie może dokonywać czynności badania i oceny oferty za Zamawiającego.

Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia części odwołania przez Zamawiającego.

Stosownie do artykułu 186 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. A contrario, Izba nie rozpoznaje odwołania w zakresie, w jakim zamawiający uwzględnił zarzuty, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w odwołaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Mając powyższe okoliczności na uwadze 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. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....