

Sygn. akt: KIO 1530/19

WYROK

z dnia 20 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2019 r. przez **FlexiPower Group Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Woli Zaradzyńskiej** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Masłowice w Masłowicach**

przy udziale wykonawcy **J. S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Masłowice w Masłowicach** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy J. S. do złożenia wyjaśnień w zakresie współczynnika przenikania ciepła izolacji zbiornika lub klasy energetycznej zasobników i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Masłowice w Masłowicach** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **FlexiPower Group Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Woli Zaradzyńskiej** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Gminy Masłowice w Masłowicach** na rzecz **FlexiPower Group Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Woli Zaradzyńskiej** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych

zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we **Piotrkowie Trybunalskim**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Masłowice w Masłowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Masłowice w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Masłowice”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 5 sierpnia 2019 roku wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego Stalmet J. S. (dalej jako Stalmet) jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, której dokonanie miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem odrzucenia oferty tegoż wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

I. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 w zw. art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Stalmet do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania przez zaoferowane urządzenia wymogu opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) dla współczynnika przenikania ciepła izolacji zasobnika, w sytuacji gdy na skutek przekazanych zamawiającemu informacji o niespełnianiu przez zaoferowany zasobnik wymogu klasy energetycznej A, konieczne do stwierdzenia czy oferta Stalmet jest zgodna z s.i.w.z. było potwierdzenie przez wykonawcę, w następstwie wezwania go do przedłożenia dokumentów odnośnie współczynnika przenikania ciepła izolacji zasobnika solarnego w postaci raportu z badań zgodnie z pkt. 6.2. załącznika nr 1a do s.i.w.z., że współczynnik ten spełnia wymogi wyrażone w s.i.w.z.,

II. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez wybór oferty Stalmet, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z s.i.w.z.,

III. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu,

IV. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stalmet, podczas gdy zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenia wskazane w ofercie są niezgodne ze wskazanym w s.i.w.z. opisem przedmiotu zamówienia tj. z pkt. 8.7.3. lit. a s.i.w.z. w zw. z pkt. 6.2. załącznika nr 1a do s.i.w.z. (projekty budowlano wykonawcze) z uwagi na to, że zaoferowany przez wykonawcę zasobnik solarny JSZ-WB 200/300/400 nie posiada klasy energetycznej A ani współczynnika przenikania ciepła izolacji zbadanego wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynoszącego maximum 0,0205 W/mK przy $\Delta T=10$ [°C], oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T=30$ [°C].

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:

- I. uwzględnienie odwołania,
- II. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- III. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty względem Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego Stalmet J. S. i w jej wyniku odrzucenie tej oferty.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- IV. orzeczenie na rzecz odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
- VI. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- VIII. zobowiązanie zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Masłowice w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Masłowice”

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. Odwołujący zarzucił w odwołaniu zaniechanie odrzucenia oferty ocenionej najwyżej tj. oferty Stalmet. Oferta odwołującego została oceniona jako druga. W przypadku odrzucenia oferty Stalmet najlepszą ofertą byłaby oferta odwołującego.

Odwołujący podniósł, że w ramach części pierwszej zamówienia wykonawca Stalmet zaoferował kolektory KBB 423DH ACR oraz zasobniki JSZ-WB 200/300/400. Na potwierdzenie spełniania przez zaoferowane urządzenia wykonawca przedłożył m.in. kartę katalogową zasobników.

W dniu 24 lipca 2019 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał dla zasobnika solarnego: „Współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany we normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy $\Delta T = 10$ [°C] oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T = 30$ [°C] lub klasa energetyczna A" - załącznik 1a do s.i.w.z. - projekt budowlano-wykonawczy str. 5.”

Jednocześnie zamawiający wymagał w s.i.w.z., którego integralną częścią jest właśnie załącznik 1a: „8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: w zakresie części 1 zamówienia: (...) b) karty techniczne kolektora i zasobnika obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1a do SIWZ, zgodnie z pkt. 6.1. (dla kolektora) i pkt. 6.2. (dla zasobnika)”.

Odwołujący podniósł, że wybrana przez zamawiającego oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego Stalmet J. S. z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością nie jest zgodna z s.i.w.z. ze względu na fakt, iż zaoferowany zasobnik solarny nie posiada wymaganej klasy energetycznej A. a tym samym zamawiający winien co najmniej unieważnić czynność wyboru oferty i ponownie przeprowadzić czynność badania ofert i wyboru.

Powyższe twierdzenie odwołujący opiera na informacji udostępnionej w trybie wniosku o udzielenie informacji publicznej przez zamawiającego Gminę Miejsce Piastowe przy zadaniu pn. „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów opalanych biomasą na terenie Gmin Miejsce Piastowe i Chorkówka”, w której to zostały zaoferowane kolektory wraz z zasobnikami Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego Stalmet J. S. - te same, które wykonawca ten zaoferował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Gminie Masłowice (zasobnik JSZ-WB 200/300/400). Zamawiający Gmina Miejsce Piastowe powziął wątpliwość co do zgodności zaoferowanych urządzeń z s.i.w.z. w zakresie klasy energetycznej. Ekspertyza biegłego potwierdziła niezgodność.

W opinii biegły rzeczoznawca wskazał, iż przy dokonaniu obliczeń na podstawie raportów z badań urządzenia nie jest możliwe, aby spełniało ono wymagania dla klasy energetycznej A, której żądał zamawiający. Dane wskazane w przedłożonej karcie katalogowej nie odpowiadały stanowi rzeczywiście. Karta katalogowa nie jest dokumentem, który może w istocie bez trudu zostać zmodyfikowany a jego treść nie podlega żadnej obiektywnej autoryzacji przez certyfikowaną jednostkę. Z dużym prawdopodobieństwem granicznym z pewnością karta katalogowa została celowo zmodyfikowana, a zasobnik w rzeczywistości nie posiada klasy energetycznej A.

W przypadku, gdy zasobnik nie posiada wymaganej klasy energetycznej A lub istnieje chociaż takie ryzyko zamawiający winien zweryfikować czy zachodzi alternatywna przesłanka spełniania warunków s.i.w.z., a mianowicie – czy współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy $\Delta T = 10$ [°C] oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T = 30$ [°C]. Brak spełniania tegoż warunku przez zasobnik oznacza, iż oferta winna zostać odrzucona jako niezgodna z s.i.w.z.

Pomimo poinformowania zamawiającego o zaistniałej niezgodności, nie podjął on działań zmierzających do zweryfikowania czy zaoferowane urządzenia odpowiadają postanowieniom s.i.w.z. Pomimo braku wskazania obowiązku przedłożenia raportu z badań w s.i.w.z., który należy uznać za zaniechanie obarczające zamawiającego, gdyż jednocześnie wymagał on, aby zasobnik został zbadany przez akredytowane laboratorium w zakresie współczynnika przenikania ciepła, co może zostać potwierdzone jedynie przez stosowny raport jednostki, zamawiający, w celu zweryfikowania czy zaoferowane urządzenia spełniają wymogi s.i.w.z., winien powziąć działania w trybie ustawy P.z.p. tj. unieważnić czynność wyboru oferty z dnia 24 lipca 2019 r., a następnie wezwać do złożenia stosownych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymaganych parametrów w zakresie współczynnika przenikania ciepła przed dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest to uzasadnione treścią art. 26 ust. 2f i 3 ustawy P.z.p., które upoważniają zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnień, udzielenia wyjaśnień w sytuacji gdy złożone dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, co winno zaistnieć z powodu przedstawionych przez odwołującego informacji.

W ocenie odwołującego, czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została zatem dokonana przez zamawiającego bez kontroli spełniania wszystkich wymogów nałożonych przez s.i.w.z., co sprawia, że oferta nie może zostać uznana za zgodną z s.i.w.z.

Odwołujący podniósł, że w świetle powyższego nie budzi wątpliwości także zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. statującego zasadę legalizmu. Zgodnie z nią zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Tym samym nie można uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu czyni zadość wskazanej wyżej zasadzie. Z zasady równego traktowania wywodzi się odwołanie do zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażonej m.in. w orzecznictwie ETS (wyroki ETS: z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti,; z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Emm. G. Lianakis AE i inni v. Dimos Aiexandroupolis) oraz KIO (wyrok z dnia 25 listopada 2010 r. KIO/UZP 2483/10) Zgodnie z dyrektywą

transparentności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. należy zatem uznać takie zachowanie zamawiającego, który pozwala na udzielenie zamówienia przez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

W ocenie odwołującego, zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Stalmet na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. lub co najmniej zbadania jej w procedurze określonej w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., których to obowiązków nie dochował, wskutek czego naruszył przepisy ustawy przy dokonywaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2019 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Potwierdził, że w dniu 1 sierpnia br. zwrócił się do Józefa Szostaka (dalej: przystępujący) o złożenie wyjaśnień, lecz zrobił to z uwagi na fakt, że 31 lipca wpłynęła do niego informacja od odwołującego o niezgodności treści oferty przystępującego z s.i.w.z. Złożone wyjaśnienia nie miały wpływu na czynność oceny ofert. Stwierdził, że zgodnie z punktem 6.2 załącznika nr 1a do s.i.w.z., str. 5, wymagał potwierdzenia współczynnika na dwa sposoby, albo poprzez wykazanie tych parametrów poprzez zbadanie przez akredytowane laboratorium, lub poprzez wykazanie klasy energetycznej A, przy czym wykonawca mógł to wykazać poprzez złożenie karty technicznej zasobnika, co wynikało z pkt. 8.7.3 B s.i.w.z str. 17. Przystępujący taką kartę złożył w związku z czym zamawiający nie miał podstaw do twierdzenia, że wymóg nie został spełniony.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wymagał dla zasobnika solarnego: „Współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany we normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy $\Delta T = 10^{\circ}\text{C}$ oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T = 30^{\circ}\text{C}$ lub klasa energetyczna A" - załącznik 1a do s.i.w.z. - projekt budowlano-wykonawczy str. 5.”

Jednocześnie zamawiający wymagał w s.i.w.z., „8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: w zakresie części 1 zamówienia: (...) b) karty techniczne kolektora i zasobnika obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie

przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1a do SIWZ, zgodnie z pkt. 6.1. (dla kolektora) i pkt. 6.2. (dla zasobnika)".

W postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) oferta odwołującego, która otrzymała 89,20 punktów,
- 2) oferta przystępującego, która otrzymała 100 punktów,
- 3) oferta wykonawcy Ergo Ekologia Sp. z o.o., która otrzymała 88,22 punktów.

Przystępujący, w celu wykazania wymogów w zakresie zasobników, złożył kartę techniczną zaoferowanych zasobników z potwierdzeniem posiadania klasy energetycznej A.

Pismem z dnia 24 lipca 2019 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Pismem z dnia 30 lipca 2019 roku, skierowanym do zamawiającego, odwołujący wskazał, co następuje:

W celu uniknięcia sytuacji, w której umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego o nazwie Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Masłowice w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Masłowice” – część 1 zamówienia „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych na terenie Gminy Masłowice” zostanie zawarta z wykonawcą, którego oferta nie spełnia warunków SIWZ FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. zwraca uwagę na fakt, iż wybrana przez Zamawiającego oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego Stalmet J. S. z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością nie jest zgodna z SIWZ, a tym samym winna zostać odrzucona a Zamawiający winien unieważnić czynności wyboru oferty i ponownie przeprowadzić tą czynność.

Powyższe twierdzenie FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. opiera na informacji udostępnionej w trybie wniosku o udzielenie informacji publicznej przez Zamawiającego Gminę Miejsce Piastowe przy zadaniu pn. „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów opalanych biomasą na terenie Gmin Miejsce Piastowe i Chorkówka”, w której to zostały zaoferowane kolektory wraz z zasobnikami Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego Stalmet J. S. – te same, które wykonawca zaoferował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Gminie Masłowice (zasobnik JSZ-WB 200/300/400). W przetargu Zamawiający Gmina Miejsce Piastowe powziął wątpliwość co do zgodności zaoferowanych urządzeń z SIWZ. Ekspertyza biegłego potwierdziła niezgodność.

Dowody:

- oferta Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Handlowego Stalmet J. S.,

- pismo wójta Gminy Miejsce Piastowe wraz z opinią techniczną z dnia 3 czerwca 2019 r. wraz z załącznikami

W opinii biegły rzeczoznawca wskazał, iż przy dokonaniu obliczeń na podstawie raportów z badań urządzenia nie jest możliwe, aby spełniało ono wymagania dla klasy energetycznej A, której żądał Zamawiający. Dane wskazane w przedłożonej karcie katalogowej nie odpowiadały stanowi rzeczywistości. Karta Katalogowa nie jest dokumentem, który może w istocie bez trudu zostać zmodyfikowany, a jego treść nie podlega żadnej obiektywnej autoryzacji przez certyfikowaną jednostkę. Z dużym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością karta katalogowa została celowo zmodyfikowana.

W przedmiotowym przetargu Zamawiający wymagał dla zasobnika solarnego: „Współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy $\Delta T = 10$ [°C] oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T = 30$ [°C] lub klasa energetyczna A” (podkreślenie i pogrubienie własne) – załącznik 1a do SIWZ - projekt budowlano-wykonawczy str. 5. Jednocześnie Zamawiający wymagał w SIWZ, którego integralną częścią jest właśnie załącznik 1a: „8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: w zakresie części 1 zamówienia: (...) b) karty techniczne kolektora i zasobnika obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1a do SIWZ, zgodnie z pkt. 6.1. (dla kolektora) i pkt. 6.2. (dla zasobnika)”.

Dowody:

- SIWZ
- projekt budowlano – wykonawczy

Ponieważ Zamawiający pominął wskazanie wprost, iż Wykonawca ma obowiązek przedłożenia na wezwanie certyfikatu czy też raportu z badań dotyczącego współczynnika przenikania ciepła izolacji zasobnika pomimo zaznaczenia, iż zbiornik musi być w tym zakresie zbadany przez akredytowane laboratorium wg wskazanej normy celem potwierdzenia spełniania wymogów SIWZ w zakresie współczynnika stwierdzić należy, iż w przypadku, gdy zasobnik nie posiada wymaganej klasy energetycznej A Zamawiający winien zweryfikować czy spełniona jest alternatywna przesłanka spełniania warunków SIWZ a mianowicie czy współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy $\Delta T = 10$ [°C] oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T = 30$ [°C]. Brak spełnienia tegoż warunku przez zasobnik oznacza, iż oferta winna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Pomimo braku wskazania obowiązku przedłożenia raportu z badań w SIWZ, który należy uznać za zaniechanie obarczające Zamawiającego, gdyż jednocześnie wymagał on, aby zasobnik został zbadany przez akredytowane laboratorium w zakresie współczynnika przenikania ciepła, co może zostać potwierdzone jedynie przez stosowny raport jednostki Zamawiającego w celu zweryfikowania czy zaoferowane urządzenia spełnia wymogi SIWZ winien powziąć działania w trybie p.z.p.

W związku z powyższym FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. stanowczo rekomenduje unieważnienie czynności wyboru oferty z dnia 24 lipca 2019 r. a następnie wezwanie do złożenia stosownych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymaganych parametrów w zakresie współczynnika przenikania ciepła przed dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest to uzasadnione treścią art. 26 p.z.p. ust. 2f i 3 p.z.p., które upoważniają Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do uzupełnień, udzielenia wyjaśnień w sytuacji gdy złożone dokumenty budzą wątpliwości Zamawiającego, co winno zaistnieć z powodu przedstawionych przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. informacji.

Podkreślić należy, że istnieje uprawnienie, a nawet obowiązek Zamawiającego sanacji dokonanych czynności w sytuacji, gdy poweźmie on informację o jej nieprawidłowości, co zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO m. in. w orzeczeniu o sygn. akt: 1939/10 z dnia 23 września 2010 r. : „W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. (...) W przeciwnym razie mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”. Tak także KIO w orzeczeniu z dnia 10 października 2012 r. w sprawie o sygn.: KIO 2037/12; KIO 2047/12: „Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego

postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. (...) Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy.”.

W przypadku bierności Zamawiającego w zakresie powyższych wskazań Wykonawca zostanie zmuszony do wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty w celu obrony swoich interesów, gdyż złożył on drugą najwyższą punktowaną ofertę w tej części zamówienia.

W dniu 1 sierpnia 2019 roku zamawiający skierował do przystępującego pismo następującej treści:

W związku z pismem złożonym przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. 95-054 Wola Zaradzyńska, ul. Majora Hubala 157 (pismo z dnia 30 lipca 2019) Zamawiający Gmina Masłowice wnosi, aby Wykonawca: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Stalmet J. S., Dobieszów 25, 48-100 Głubczyce odniósł się do zarzutów tam postawionych w terminie do dnia 6 sierpnia 2019.

W szczególności prosimy potwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości, że zasobnik posiada wymaganą klasę energetyczną A (np. w postaci certyfikatu, raportu z badań), a jeżeli takowej nie posiada to żeby potwierdzić, że współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/tTIK przy ΔT 10 (°C) oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy ΔT 30 (°C.) (Zamawiający wnioskuje o przekazanie raportu z badań prowadzonego przez akredytowane laboratorium potwierdzającego ww. wymóg).

Pismem z dnia 12 sierpnia 2019 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

W odpowiedzi na Państwa wezwanie z dnia 1 sierpnia 2019 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez nas oferty oświadczam i wyjaśniam co następuje.

Oświadczam, że oferowany przez mnie zasobnik typu JSZ-WB 200, JSZ-WB 300, JSZ-WB 400 spełnia wymagania postępowania, na dowód czego przedkładam:

- 1) Sprawozdanie z badań współczynnika przewodzenia ciepła systemu WHB01 .12 (LBA) do izolacji bojlerów oraz podgrzewaczy wody (pomiar w dwóch temperaturach 10 stopni Celsjusza oraz 30 stopni Celsjusza), przeprowadzonych wg normy EN 12664:2001.*
- 2) Wydruk z urządzenia pomiarowego z 7 sierpnia 2019 r. dla systemu WHB01.12*

Mając powyższe na uwadze nie ulega wątpliwości, że współczynnik przenikania ciepła izolacji zbiornika zbadany wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane

laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy delta T 10 [°C] oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy delta T - 30 [°C]

Niezależnie od powyższego oświadczam też, że jako producent oferowanych zbiorników, w trakcie prowadzonego przez mnie procesu produkcyjnego tychże zbiorników mogę dostosować sposób i cykl pracy posiadanej przez mnie linii produkcyjnej w taki sposób aby zbiorniki te miały określone, dedykowane dla potrzeb danego kontrahenta (odbiorcy, zamawiającego) parametry i funkcjonalności, w tym w szczególności dedykowaną wysokość szerokość czy grubość izolacji. Ponadto jako producent oferowanych zbiorników mogę również udzielić gwarancji jakości na te zbiorniki na okres i na zasadach wymaganych wg potrzeb danego kontrahenta (odbiorcy, zamawiającego).

Do pisma dołączono sprawozdanie z badań współczynnika oraz wydruk z urządzenia pomiarowego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Bezsporny pomiędzy stronami był fakt, że wykonawcy winni byli wykazać spełnianie parametrów zasobnika bądź poprzez wykazanie, że posiada on wymaganą klasę energetyczną A, bądź poprzez badanie współczynnika przenikania ciepła izolacji zbiornika wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, potwierdzające maximum 0,0205 W/tTIK przy ΔT 10 (°C) oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy ΔT 30 (°C.). Posiadanie klasy energetycznej A należało wykazać poprzez złożenie karty technicznej zasobnika.

Przystępujący złożył kartę techniczną zaoferowanych zasobników, z której wynika, iż zaoferowane przez niego zasobniki posiadają wymaganą klasę energetyczną. Zamawiający podnosił, że jest to wystarczające dla uznania, że zasobniki spełniają postawione parametry. Odwołujący zakwestionował zawartą w karcie technicznej informację dotyczącą klasy energetycznej. Powołał się przy tym na opinię z dnia 3 czerwca 2019 roku rzeczoznawcy budowlanego J. C., z której wynika, że urządzenie posiada klasę energetyczną C, nie zaś wymaganą dla tego postępowania klasę A.

Izba przeprowadziła dowód z przedmiotowej opinii i stwierdziła, że została ona sporządzona na zlecenie Gminy Miejsce Piastowe w celu ustalenia posiadania klasy energetycznej przez produkty zaoferowane przez przystępującego w postępowaniu pn.

„Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów opalanych biomasą na terenie Gmin Miejsce Piastowe i Chorkówka.

Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego i przystępującego, jakoby przedmiotowa opinia nie mogła być brana pod uwagę, ponieważ została sporządzona na potrzeby innego postępowania. Izba nie widzi przeszkód, by skorzystać ze stanowiska wyrażonego przez niezależnego biegłego w sytuacji, gdy opinia dotyczy parametrów urządzeń oferowanych w obu postępowaniach. Bez względu na to, w jakim postępowaniu przystępujący złożył oferty, parametry urządzeń pozostają bez zmian.

Podkreślić przy tym należy, że odwołujący wszedł w posiadanie opinii w sposób legalny, w trybie wniosku o udzielenie informacji publicznej przez Gminę Miejsce Piastowe.

Izba stwierdziła, że przedmiotem badania biegłego były te same produkty, które zostały zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu. Świadczą o tym dokumenty załączone do opinii, w tym w szczególności karta techniczna, która jest identyczna z kartą złożoną przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, prezentowanego na rozprawie, jakoby w przedmiotowym postępowaniu zaoferował on inne zasobniki. Różnica w szczególności miałyby polegać na użyciu innej substancji do wykonania izolacji. W obydwu kartach technicznych – tej złożonej przez przystępującego oraz dołączonej do opinii wynika, że izolacja wykonana jest z bezfreonowej pianki poliuretanowej. W kartach technicznych Izba nie stwierdziła żadnej różnicy w zakresie izolacji urządzeń oferowanych w obu postępowaniach.

Izba nie zgodziła się również z zamawiającym i przystępującym, iż odwołujący nie sprostał ciężącemu na nim ciężarowi dowodzenia w zakresie wykazania tożsamości urządzeń zaoferowanych w niniejszym postępowaniu oraz w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejsce Piastowe. Ze złożonej przez odwołującego opinii wynika, że parametry urządzeń zaoferowanych w obydwu postępowaniach są takie same. W tej sytuacji ciężar przeciwnego dowodu obciążał zamawiającego i przystępującego, którzy nie wykazali inicjatywy dowodowej zdolnej obalić stanowisko prezentowane przez odwołującego.

Izba wskazuje, że w tej sytuacji zamawiający winien powziąć uzasadnione wątpliwości co do spełniania przez zaoferowane zasobniki parametrów określonych w s.i.w.z. Wydaje się zresztą, że zamawiający takie wątpliwości powziął, ponieważ wezwał przystępującego do ustosunkowania się do informacji o niezgodności jego oferty z s.i.w.z. oraz do potwierdzenia klasy energetycznej A lub współczynnika przenikania ciepła izolacji zbiornika. Czynności zamawiającego zostały jednak podjęte z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p., w związku z czym nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, jednak zrobił to po wyborze najkorzystniejszej oferty i poinformowaniu o tym wykonawców biorących udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że zarówno wezwanie o złożenie dokumentów wystosowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 i nast. ustawy P.z.p., jak i wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., powinny mieć miejsce podczas badania i oceny ofert oraz przed przekazaniem informacji wykonawcom o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tylko wówczas wykonawcy biorący udział w postępowaniu, będą mogli ocenić, czy czynność zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty odpowiada prawu. Zamawiający wzywając przystępującego do złożenia wyjaśnień po wyborze najkorzystniejszej oferty uniemożliwił wykonawcom skuteczne zakwestionowanie tego wyboru z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający, w sytuacji, gdy o istotnych dla postępowania okolicznościach dowiedział się po wyborze najkorzystniejszej oferty lub z treści odwołania, i uznał, że wymagają one wyjaśnienia, był uprawniony i obowiązany skorzystać z instytucji uwzględnienia odwołania, o której mowa w art. 186 ust. 2 i nast. ustawy P.z.p. Zamawiający dokonałby wówczas samodzielnie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej ofert i wezwałby przystępującego do złożenia wyjaśnień z poszanowaniem przepisów ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe Izba uznała za konieczne nakazanie zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie współczynnika przenikania ciepła izolacji zbiornika lub klasy energetycznej zasobników. Izba stwierdziła, że złożone uprzednio wyjaśnienia nie mogą być wzięte pod uwagę z uwagi na to, że wezwanie do ich złożenia zostało wystosowane z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p. Dopiero po złożeniu wyjaśnień zamawiający będzie uprawniony do oceny oferty przystępującego pod kątem jej zgodności z s.i.w.z., a decyzja zamawiającego, podjęta z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, będzie mogła zostać zweryfikowana przez wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....