

Sygn. akt: KIO 2544/20

WYROK

z dnia 28 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawcę: **K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DOMOTERMIKA K. M., ul. Polna 1e/6, 82-500 Kwidzyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Harasiuki, ul. Długa 11, 37-413 Harasiuki,**

przy udziale wykonawcy **Dajk M. K. Sp. z o.o., ul. Chemiczna 8g, 20-329 Lublin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **ML SYSTEM S.A., Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **SOLARTIME Sp. z o.o. ul. Załęska 106B, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DOMOTERMIKA K. M., ul. Polna 1e/6, 82-500 Kwidzyn, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DOMOTERMIKA K. M., ul. Polna 1e/6, 82-500 Kwidzyn tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą**

DOMOTERMIKA K. M., ul. Polna 1e/6, 82-500 Kwidzyn na rzecz zamawiającego: **Gmina Harasiuki, ul. Długa 11, 37-413 Harasiuki** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Harasiuki, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 130-318764 w dniu 8 lipca 2020 r.

W dniu 23 września 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę K. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DOMOTERMIKA K. M. z siedzibą w Kwidzynie o odrzuceniu oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 i art. 82 ust. 1 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DOMOTERMIKA K. M. w Kwidzynie wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp, tj. zasady przejrzystości przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez odrzucenie oferty Odwołującego jako naruszającej ustawę Pzp w zakresie art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z art. 87 ust. 1 Pzp, która miała polegać na domniemanej i hipotetycznej możliwości dokonywania zmian i negocjowania treści oferty Odwołującego z powodu jej niepełnej treści;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, przez to, że nie zawiera wskazania modeli oferowanych zasobników w ramach instalacji kolektorów słonecznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 23 września 2020 r.;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego;
- 3) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która, gdyby nie została bezpodstawnie odrzucona, to uzyskałaby w wyniku oceny ofert opartej o kryteria oceny ofert określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), największą liczbę punktów spośród pozostałych ważnych, nieodrzuconych ofert. Nieprawidłowe działania i zaniechania ze strony Zamawiającego spowodowały, że

oferta Odwołującego została odrzucona, i w konsekwencji nie została uznana za najkorzystniejszą.

W przypadku pozostawienia wyboru Zamawiającego bez zaskarżenia odwołaniem Odwołujący poniósłby szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w dniu 1 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

W dniu 23 września 2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ uznał, że Odwołujący w ofercie „nie wskazał modelu produktu (zasobnika solarnego”, co było elementem treści oferty.

Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do instalacji kolektorów słonecznych montowanych na budynkach u osób fizycznych Zamawiający wymagał, dla każdego z trzech typów zamawianych instalacji, różniących się mocą i wydajnością instalacji, podania przez wykonawców (w kolumnie 3 tabeli 2) informacji dot. „producentów i modeli kolektora oraz zasobnika”. Ww. zapis wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, był jedynym zapisem w dokumentacji przetargu w sprawie opisu urządzeń kluczowych na etapie oferty. Zamawiający w żadnym zapisie SIWZ nie sprecyzował dokładniej, jakich informacji wymaga.

Odwołujący w kolumnie nr 3 tabeli formularza ofertowego, odnośnie zasobników solarnych dla poszczególnych typów instalacji, wskazał:

- dla zestawu 2 kolektorów i zasobnika 200 dm³ o mocy minimum 3,26 kW: „LEMET 200 litrów 2 węzownice (zasobnik)”;
- dla zestawu 3 kolektorów i zasobnika 300 dm³ o mocy minimum 4,89 kW: „LEMET 300 litrów 2 węzownice (zasobnik)”;
- dla zestawu 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW: „LEMET 400 litrów 2 węzownice (zasobnik)”.

Ponadto, Zamawiający wskazał w pkt 8.7.3. lit. b) tiret drugie SIWZ, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie „instalacji kolektorów słonecznych będzie wymagał” przedstawienia kart katalogowych kolektorów słonecznych i zasobników podpisanych przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 1.2 do SIWZ, zgodnie z pkt 6 (dla kolektora) pkt 10 (dla zasobnika) projektu.

W dniu 14 września 2020 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu m.in.

odpowiednią kartę katalogową oferowanych zasobników, podpisaną przez przedstawiciela producenta tych urządzeń, która potwierdza zgodność zaoferowanych zasobników z wymogami SIWZ.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp, tj. zasady przejrzystości przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne zastosowanie, czyli bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako naruszającej ustawę Pzp w zakresie art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na rzekomą niezgodność treści oferty z art. 87 ust. 1 Pzp, która miała polegać na domniemanej i hipotetycznej możliwości dokonywania zmian i negocjowania treści oferty Odwołującego z powodu - w opinii Zamawiającego - jej niepełnej treści.

Odwołujący wskazał, iż dyspozycja art. 87 ust. 1 Pzp, zawiera uprawnienie umożliwiające zamawiającemu zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty dla uzyskania dodatkowych informacji w przypadku wątpliwości lub niejasności oferty na etapie badania i oceny ofert. Celem takiego postępowania ma być ustalenie wykładni woli składającego ofertę wykonawcy. Przy tym przepis ten określa, w trosce o równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję, granice przeprowadzania tych wyjaśnień lub też określa warunek należytej staranności tego wyjaśniania przez wskazanie, że wyjaśnianie treści oferty nie może doprowadzić do zmiany treści badanej oferty lub negocjacji treści oferty. Zatem przepis ten zawiera uprawnienie i dyrektywę postępowania dla zamawiającego na etapie badania i oceny ofert. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie zawiera w sobie żadnej dyrektywy czy wyznacznika do oceny samej oferty czy jej treści. Przepis ten nie może stanowić podstawy do oceny złożonej oferty w sensie oświadczenia woli złożonego przez wykonawcę i logicznie: nie da się stwierdzić sprzeczności oferty z tym przepisem. Przywołanie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp dla wykazania niezgodności oferty z ustawą jest błędem, bowiem oferta wykonawcy nie może być niezgodna z uprawnieniem zamawiającego na etapie badania i oceny oferty.

Odwołujący z ostrożności wyjaśnił, że w jego ocenie, wskazał on w swojej ofercie wymagane treści w postaci typu i modelu zasobnika solarnego, zgodnie z wymogami Zamawiającego, zatem nie może być mowy o możliwości hipotetycznej negocjacji treści jego oferty w tym zakresie.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ przez to, że nie zawiera, zdaniem Zamawiającego, wskazania modeli oferowanych zasobników w ramach instalacji kolektorów słonecznych.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z wymogiem Zamawiającego, w odniesieniu do oferowanych zasobników solarnych, Odwołujący wskazał ich producenta i nazwy przez

wskazanie, że producentem ofertowanych zbiorników jest „LEMET”, natomiast modelami oferowanych zasobników są urządzenia oznaczone odpowiednio jako: „200 litrów 2 węzownice / 300 litrów 2 węzownice /400 litrów 2 węzownice”. Określenie w ofercie producenta zasobników solarnych nie budzi wątpliwości Zamawiającego, jest bezsporne. Zamawiający uważa natomiast, że Odwołujący nie wskazał w ofercie modeli oferowanych zasobników solarnych, co nie jest prawdą.

Odwołujący wyjaśnił, że na etapie przygotowywania oferty Odwołujący wystąpił do producenta zasobników P.P.U.H. LEMET L. P. z prośbą o przedstawienie jego oferty, która spełniałaby wymogi przedmiotowego przetargu w zakresie zasobników solarnych. P.P.U.H. LEMET zaoferował Odwołującemu trzy modele dedykowanych urządzeń, określonych przez producenta P.P.U.H. LEMET jako: „200 litrów 2 węzownice, 300 litrów 2 węzownice oraz 400 litrów 2 węzownice”. To P.P.U.H. LEMET, jako producent urządzeń, nadał modelom urządzeń dedykowanych specjalnie dla potrzeb przedmiotowego zamówienia takie nazwy modeli, co jest prawem producenta. Odwołujący przyznał, że wskazane w ofercie określenia modeli zawierają informację o pojemności zasobnika i ilości węzownic oferowanych urządzeń, jednocześnie jednak te określenia stanowią oznaczenie modelu urządzenia stanowiącego przedmiot oferty.

Odwołujący podniósł, że nie ma normatywu, tj. przepisów, który określałyby zasady, jak należy nazywać modele urządzeń. Stąd ich producenci stosują w tym względzie swoje własne metodyki czy zasady. Mogą być to nazwy fantazyjne, ale również częstą praktyką jest kodowanie w nazwach modeli jakichś parametrów technicznych, dat powstania czy innych danych. W tym przypadku, w odniesieniu do trzech produktów dedykowanych specjalnie dla tego zamówienia producent nazwał 3 modele projektowanych urządzeń z użyciem ich podstawowych parametrów technicznych, do czego miał oczywiste prawo. Za producentem dokładnie takie określenia modeli wskazał w ofercie Odwołujący. Odwołujący nie mógł zmienić oznaczenia modeli oferowanych obranych przez producenta tych urządzeń.

Zamawiający, poza zapisem nagłówka tabeli 2 kolumny 3 formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, nigdzie nie określił, co rozumie przez pojęcie modelu urządzenia. Nie da się zatem ustalić, jakie oczekiwania ma w odniesieniu do tego pojęcia Zamawiający. Odwołujący przyjął, że celem wymogu wskazania modelu oferowanego urządzenia było umożliwienie Zamawiającemu weryfikacji zgodności treści oferty w tym zakresie z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał w pkt 8.7.3. lit. b) tiret drugie SIWZ, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie instalacji kolektorów słonecznych będzie wymagał przedstawienia „kart katalogowych kolektorów słonecznych i zasobników podpisanych przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie

przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 1.2 do SIWZ, zgodnie z pkt 6 (dla kolektora) pkt. 10 (dla zasobnika) projektu”. Odwołujący, za producentem P.P.U.H. LEMET, wskazał 3 modele oferowanych zasobników solarnych i zgodnie z wymogiem SIWZ, na wezwanie przedstawił Zamawiającemu w toku badania i oceny ofert wymaganą kartę katalogową zasobników solarnych, podpisaną przez producenta, potwierdzającą zgodność oferowanych zasobników z wymogami SIWZ. Na podstawie określenia modeli zawartych w ofercie Odwołującego oraz określeń zawartych w karcie katalogowej Zamawiający mógł i stwierdził zgodność parametrów oferowanych zasobników z wymogami SIWZ, zatem, identyfikacja i indywidualizacja oznaczenia modeli jest wystarczająca.

Biorąc pod uwagę okoliczność, że wszystkie trzy modele oferowanych urządzeń nie pochodzą z bieżącej oferty P.P.U.H. LEMET przeznaczonej na szeroki rynek, ale stanowią produkt zindywidualizowany, dedykowany specjalnie dla wykonania tego zamówienia, przygotowany tak, aby spełnić wymogi Zamawiającego, to producent mógł dla rozróżnienia modeli w tym dedykowanym projekcie nadać jakiegokolwiek nazwy modeli, które odróżniałyby poszczególne trzy modele od siebie, co też uczynił przez zakodowanie w modelu urządzenia jego pojemności. Takie określenie modeli pozwala na wystarczające ich rozróżnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na odpowiedź producenta P.P.U.H. LEMET z dnia 17 września 2020 r. na pytania Zamawiającego, opinię biegłego (prawdopodobnie inspektora nadzoru w postępowaniu) w sprawie oferty Odwołującego oraz danych ze strony ww. producenta zasobników. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zupełnie pomija treść wyjaśnień przedstawionych przez P.P.U.H. LEMET w piśmie z dnia 17 września 2020 r., gdzie producent wskazuje, że „modele oferowane - wykonane specjalnie do. przetargu „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki - model 200 litrów 2 węzownice; - model 300 litrów 2 węzownice; - model 400 litrów 2 węzownice”. Zamawiający ignoruje okoliczność, że wskazane w ofercie frazy - to oznaczenia modeli nadane przez producenta. Zamawiający pomija oświadczenie producenta zasobników, że urządzenia będące przedmiotem oferty, będą produkcją specjalną dedykowaną na potrzeby przedmiotowego zamówienia i wypływający stąd wniosek, że przy takiej dedykowanej serii produktów wskazane oznaczenie jest wystarczające dla zindywidualizowania modelu. Co więcej, istotne znaczenie ma tutaj fakt, iż oświadczenie producenta - firmy LEMET uzyskał sam Zamawiający, prowadząc korespondencję bezpośrednio z producentem, z pominięciem Odwołującego i przed dokonaniem rozstrzygnięciem. Zamawiający pomija także kartę katalogową zasobników będących przedmiotem oferty, przygotowaną i podpisaną przez producenta, zgodnie z wymogiem Zamawiającego.

Mimo tych wszystkich okoliczności, bez uzasadnienia Zamawiający przy ocenie oferty Odwołującego opiera się na opisach ze strony internetowej innych produktów producenta

przeznaczonych na otwarty rynek, których parametry nie spełniają wymogów Zamawiającego i uznaje, że przedmiotem oferty Odwołującego mogą być produkty tego producenta, które nie spełniają wymogów SIWZ. Takie postępowanie Zamawiającego wprost narusza zasadę przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że w zasadzie niemożliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia w oparciu o urządzenia niespełniające zapisów SIWZ, ponieważ Zamawiający przewidział dwukrotne badanie urządzeń w ramach tego zamówienia pod względem zgodności z jego wymogami, w tym na etapie badania i oceny ofert oraz na etapie realizacji zamówienia (§4 ust. 17, 18 i 19 projektu umowy, Załącznik nr 2 do SIWZ).

Ponadto, gdyby Zamawiający zamierzał tak restrykcyjnie oceniać oferty pod względem zaoferowanych urządzeń i ich nazewnictwa, to określiłby w SIWZ mierniki tego badania. Mógł żądać podania np. „serii” i „typu”, czego nie uczynił, więc nie może teraz oceniać oferty wykonawcy według mierników, których nie wskazał.

Zamawiający, dysponując kartą katalogową, nie powinien mieć wątpliwości co do tego jakie konkretnie urządzenia oferuje wykonawca. Postępowanie Zamawiającego wynikające z niedoprecyzowania warunków SIWZ i zasad oceny nie może przekładać się na negatywną ocenę oferty Odwołującego, który zastosował się do literalnego brzmienia SIWZ. W tym przypadku Odwołujący podał w ofercie model urządzenia podany mu przez ich producenta.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko. Złożył do akt sprawy:

- wydruk korespondencji mailowej pomiędzy producentem zbiorników, firmą LEMET a Odwołującym z dnia 26 lipca 2020 r. i 27 lipca 2020 r. - na okoliczność, że zaoferowane przez Odwołującego zbiorniki o pojemności 200, 300 i 400 litrów zostały zaoferowane Odwołującemu przez ww. producenta, jako dedykowane do tego postępowania;

- pismo z dnia 2 października 2020 r. zawierające oświadczenie firmy LEMET, że zaoferowane dla Odwołującego specjalne modele zbiorników posiadały cechy i właściwości w tym klasę energetyczną A wymaganą przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu;

- pismo Odwołującego z dnia 14 września 2020 r. do Zamawiającego na okoliczność, że Odwołujący na wezwanie z dnia 1 września 2020 r. złożył Zamawiającemu kartę katalogową zasobnika potwierdzającą spełnienie wszystkich wymaganych parametrów.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania, podtrzymując stanowisko przedstawione w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający wyjaśnił, że w

opisie zawartym w formularzu ofertowym w tabeli 2 Odwołujący nie zawarł sformułowań, które wskazał producent - firma LEMET w piśmie z dnia 17 września 2020 r., w szczególności słowa „model”, a także symbolu wskazanego przez producenta. Zamawiający potwierdził, że wszystkie parametry przedstawione w karcie katalogowej złożonej przez Odwołującego w dniu 14 września 2020 r. potwierdzają spełnienie wymagań określonych w specyfikacji technicznej. Zamawiający podkreślił, że w karcie katalogowej producent nie posługuje się nazwą modelu wskazaną przez Odwołującego w formularzu ofertowym. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący przepisał to oznaczenie dla podgrzewaczy z punktu 10 specyfikacji technicznej instalacji i montażu kolektorów słonecznych – zestaw 2/200 i odpowiednio zestaw 2/300 i 2/400. Zdaniem Zamawiającego, taki sposób sformułowania oferty otwiera drogę do negocjacji w zakresie oferowanego produktu. Zamawiający podkreślił, że w momencie składania oferty Odwołujący nie mógł zaoferować produktu dostępnego w obrocie, gdyż zgodnie z wyjaśnieniem producenta, na które Odwołujący się powołuje, karta katalogowa została opracowana dopiero na etapie wezwania przez Zamawiającego z dnia 1 września 2020 r. Zamawiający podkreślił, że prawidłowe oznaczenie modelu produktu oferowanego przez Odwołującego powinno odzwierciedlać określony model wskazany przez producenta w punkcie 2 pisma z dnia 17 września 2020 r.

Wykonawca Dajk M. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący złożył na posiedzeniu do akt pismo z dnia 26 października 2020 r. zawierające stanowisko Przystępującego wraz z dowodami (cennik produktów firmy LEMET i karty katalogowe czterech urządzeń – zbiorniki higieniczne SPIRO z dwiema wężownicami 300/2000, zbiorniki kombinowane z dwiema wężownicami 300/80-1000/200, pionowe emaliowane ogrzewacze wody z dwiema wężownicami 200-400 SERIA SE, zbiorniki buforowe z dwiema wężownicami 200-2000).

Wykonawca ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący złożył na posiedzeniu wydruk ze strony internetowej producenta LEMET dotyczący produktów oraz karty katalogowe: zbiorniki kombinowane z 2 wężownicami 300/80/2000-250, zbiorniki kombinowane z dwoma wężownicami 300/80-1000/200, zbiorniki buforowe z dwoma wężownicami 200-2000, zbiorniki buforowe z dwoma wężownicami 200-2000.

Wykonawca SOLARTIME Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłosił przystąpienie do

postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Dajk M. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, wykonawca ML SYSTEM S.A., z siedzibą w Zaczernie oraz wykonawca SOLARTIME Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotowe zamówienie realizowane jest w ramach projektu „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki”, który jest współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020, Oś priorytetowa III Czysta energia, działanie 3.1 Rozwój OZE – projekty parasolowe, nabór nr RPPK.03.01.00-IZ.00-18-001/16. Numer wniosku SL2014: RPPK.03.01.00- 18-0018/17.

Zgodnie z pkt 4.1. SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz instalacji kolektorów słonecznych na terenie Gminy Harasiuki, która jest realizowana w ramach projektu „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki”.

W pkt 4.2. SIWZ Zamawiający określił zakres przedmiotu zamówienia, który obejmuje:

„4.2.1. w zakresie instalacji fotowoltaicznych: 1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację 460 zestawów instalacji fotowoltaicznych, każdy o mocy min. 3,3 kWp wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu, 2) montaż inwertera, 3) instalacja prądu stałego DC, 4) instalacja prądu zmiennego AC, 5) zabezpieczenie przeciwporażeniowe, przepięciowe, 6) instalacja uziemień i połączeń wyrównawczych, 7) wykonanie prób, badań i rozruchów instalacji fotowoltaicznej, 8)

przeszkolenie użytkowników co do zasad prawidłowej eksploatacji instalacji fotowoltaicznej wraz z opracowaniem szczegółowych instrukcji obsługi i ich przekazaniem użytkownikom, 9) wykonanie dokumentacji zgłoszeniowej do dostawcy energii elektrycznej, 10) inne elementy ujęte w załączniku nr 1.1 do SIWZ i Projekcie umowy stanowiącym załącznik Nr 2 do SIWZ.

4.2.2. w zakresie instalacji kolektorów słonecznych: Projekt pn.: „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki” współfinansowany jest ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia Strona 5 z 40 1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację 490 zestawów instalacji kolektorów słonecznych montowanych na budynkach u osób fizycznych wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu, w tym: a) 299 zestawów, każdy składający się z 2 kolektorów i zasobnika 200 dm³ o mocy minimum 3,26 kW, b) 165 zestawów, każdy składający się z 3 kolektorów i zasobnika 300 dm³ o mocy minimum 4,89 kW, c) 26 zestawów, każdy składający się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW, 2) demontaż istniejącego podgrzewacza c.w.u. i odłączenie go od istniejącej instalacji (zdemontowany podgrzewacz pozostaje w dyspozycji właściciela obiektu), 3) montaż nowego podgrzewacza c.w.u. wraz z zaworem mieszającym i wbudowanie go w obieg instalacji c.w.u., 4) montaż i izolacja rurociągów między kolektorami, grupą pompową, a podgrzewaczem c.w.u., 5) montaż grupy pompowej, 6) montaż czujników temperatury w kolektorach słonecznych i w zbiorniku, 7) podłączenie istniejącego źródła ciepła do podgrzewacza c.w.u., 8) przepłukanie płynem solarnym i przeprowadzenie prób szczelności instalacji solarnej, 9) napełnienie, odpowietrzenie i odpowiednie wyregulowanie przepływu cieczy oraz ustalenie prawidłowego ciśnienia wg instrukcji producenta kolektorów słonecznych, 10) wykończenie co najmniej zgodnie ze stanem pierwotnym okolic przejść instalacji (tynk / ocieplenie, przejścia przez ściany, stropy, dach) oraz skuteczne zabezpieczenie przed wpływem warunków atmosferycznych miejsc na zewnątrz obiektu, gdzie prowadzone były prace montażowe, 11) zaprogramowanie i uruchomienie układu automatyki wraz z podłączeniem modemu komunikacyjnego do regulatora i przytwierdzenie go do ściany obok grupy pompowej, 12) przeszkolenie użytkownika instalacji w obsłudze zastosowanych urządzeń. Każde urządzenie powinno posiadać załączoną Dokumentację Techniczno – Ruchową, instrukcję obsługi oraz ogólny schemat instalacji, 13) inne elementy ujęte w załączniku nr 1.2 do SIWZ i Projekcie umowy stanowiącym załącznik Nr 2 do SIWZ.

4.3. Szczegółowy zakres prac (Opis Przedmiotu Zamówienia) zawarty jest w załączniku Nr 1.1 do SIWZ (instalacje fotowoltaiczne) oraz załączniku Nr 1.2 do SIWZ (instalacje kolektorów słonecznych).”

W odniesieniu do instalacji kolektorów słonecznych montowanych na budynkach u

osób fizycznych Zamawiający wymagał, dla każdego z trzech typów zamawianych instalacji, różniących się mocą i wydajnością instalacji, podania przez wykonawcę w kolumnie 3 tabeli nr 2 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, informacji dot. producenta i modelu kolektora oraz zasobnika. W opisie kolumny 3 tabeli nr 2 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ Zamawiający podał „*Producent i model kolektora oraz zasobnika*”. Zamawiający nie opisał w SIWZ, co rozumie pod pojęciem „model” urządzenia.

W pkt 8.7.3. lit. b) tiret drugie SIWZ, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie instalacji kolektorów słonecznych Zamawiający wskazał, że będzie wymagał przedstawienia kart katalogowych kolektorów słonecznych i zasobników podpisanych przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 1.2 do SIWZ, zgodnie z pkt 6 (dla kolektora) pkt 10 (dla zasobnika) projektu.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 7 ofert, w tym oferta Odwołującego.

Odwołujący w kolumnie 3 tabeli nr 2 formularza ofertowego odnośnie zasobników solarnych dla poszczególnych typów instalacji wskazał:

- dla zestawu 2 kolektorów i zasobnika 200 dm³ o mocy minimum 3,26 kW: „LEMET 200 litrów 2 węzownice (zasobnik)”;
- dla zestawu 3 kolektorów i zasobnika 300 dm³ o mocy minimum 4,89 kW: „LEMET 300 litrów 2 węzownice (zasobnik)”;
- dla zestawu 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW: „LEMET 400 litrów 2 węzownice (zasobnik)”.

W dniu 1 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

W dniu 14 września 2020 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu m.in. kartę katalogową oferowanych zasobników, podpisaną przez przedstawiciela producenta tych urządzeń, która potwierdza zgodność zaoferowanych zasobników z wymogami SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 17 września 2020 r. zwrócił się do firmy LEMET z trzema pytaniami:

1. „Jakie modele zasobników oferuje w chwili obecnej producent na rynku (proszę o podanie oznaczeń oferowanych modeli).
2. Jakie modele zasobników oferuje producent dla następujących parametrów:
 - a) pojemność 200 litrów - 2 węzownice;

- b) pojemność 300 litrów- 2 węzownice;
 - c) pojemność 400 litrów - 2 węzownice.
3. Czy oznaczenia „Lemet 200 litrów 2 węzownice”, „Lemet 300 litrów 2 węzownice” „Lemet 400 litrów 2 węzownice” są oznaczeniami modeli oferowanych przez producenta?”

P.P.U.H. LEM ET w piśmie z dnia 17 września 2020 r. wskazał, w szczególności, że „Modele oferowane — wykonanie specjalne dot. przetargu „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki”

-model 200 litrów 2 węzownice, (symbol 20.200SE/I-I)

-model 300 litrów 2 węzownice, (symbol 20.300SE/H) -model 400 litrów 2 węzownice, (symbol 20.400SE/H)”

oraz, że „Oznaczenia należy rozumieć następująco:

- Lemet 200 litrów 2 węzownice, przedstawia producenta firmę Lemet oraz model 2001.2 węzownice. Zbiornik ten występuje w wykonaniu specjalnym pod symbolem: 20.200SE/H.
- Lemet 300 litrów 2 węzownice. przedstawia producenta firmę Lemet oraz model 3001.2 węzownice. Zbiornik ten występuje w wykonaniu specjalnym pod symbolem: 20.300SE/H.
- Lemet 400 litrów 2 węzownice, przedstawia producenta firmę Lemet oraz model 4001.2 węzownice. Zbiornik ten występuje w wykonaniu specjalnym pod symbolem: 20.400SE/H.”

W danym stanie faktycznym, ustalonym, jak powyżej, Izba zważyła, co następuje:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ wobec braku wskazania w ofercie modeli oferowanych zasobników w ramach instalacji kolektorów słonecznych.

Zgodnie z wymogiem Zmawiającego, w odniesieniu do oferowanych zasobników solarnych, Odwołujący wskazał ich producenta – firmę LEMET (P.P.U.H LEMET L. P.). Powyższy fakt nie budził wątpliwości i nie był kwestionowany przez Zamawiającego w toku postępowania.

Określając natomiast model zasobników Odwołujący wskazał *de facto* dwa parametry ww. urządzeń, tj. pojemność i ilość węzownic: 200 litrów 2 węzownice/300 litrów 2 węzownice/400 litrów 2 węzownice. Z przedłożonej przez Odwołującego oferty firmy LEMET z dnia 27 sierpnia 2020 r. nie wynika, że ww. producent zasobników nadał tym urządzeniom określenie modelu użyte przez Odwołującego w ofercie. W ofercie tej jest mowa o zbiorniku emaliowanym, dwuwęzownicowym o pojemności: 200 litrów, 300 litrów i 400 litrów. Jednocześnie ww. producent poprosił o kontakt Odwołującego w razie pytań i wątpliwości. Odwołujący nie wyjaśnił, czy kontaktował dodatkowo z ww. producentem przed sformułowaniem swojej oferty do niniejszego przetargu.

Słusznie zauważył Odwołujący, że producenci urządzeń stosują własne metodyki i zasady oznaczenia symboli modelu produkowanych urządzeń. Często praktyką jest kodowanie w nazwach modeli jakichś parametrów technicznych, dat powstania czy innych danych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym modelu urządzenia, a to jednoznacznie wskazuje, że oczekiwał określenia w ofercie urządzeń w sposób identyfikujący oferowane urządzenie, dla którego na potwierdzenie szczegółowych parametrów należało przedłożyć kartę katalogową. W tym przypadku, karta katalogowa urządzenia nie stanowi oświadczenia wykonawcy o zaoferowaniu danego urządzenia, a jedynie dokumentem przedmiotowym który może podlegać uzupełnieniu. Oferta natomiast, rozumiana jako oświadczenie wykonawcy musi identyfikować m.in. przedmiot oferty w taki sposób aby możliwa była jego weryfikacja już na etapie składania ofert, a nie dopiero w momencie złożenia dokumentów przedmiotowych.

Zamawiający mógł oczywiście zdefiniować w SIWZ pojęcie „model” użyte na potrzeby tego postępowania, jednak skoro tego nie uczynił, to należało przyjąć powszechne jego rozumienie w obrocie, jako typ, rodzaj lub wzór (wg słownika PWN). W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że w obrocie handlowym model jest oznaczany w sposób identyfikujący dane urządzenie o określonych cechach lub określonym wyposażeniu.

P.P.U.H. LEM ET w piśmie z dnia 17 września 2020 r. na zapytania kierowane przez Zamawiającego wyraźnie wskazał, że „Modele oferowane — wykonanie specjalne dot. przetargu „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki” -model 200 litrów 2 węzownice, (symbol 20.200SE/H), -model 300 litrów 2 węzownice, (symbol 20.300SE/H), -model 400 litrów 2 węzownice, (symbol 20.400SE/H)”, co oznacza, że poszczególne modele zasobników mają przypisany konkretny symbol identyfikujący urządzenie. Producent urządzeń wyjaśnił także, że „Oznaczenia należy rozumieć następująco:

- Lemet 200 litrów 2 węzownice, przedstawia producenta firmę Lemet oraz model 200l 2 węzownice. Zbiornik ten występuje w wykonaniu specjalnym pod symbolem: 20.200SE/H.
 - Lemet 300 litrów 2 węzownice. przedstawia producenta firmę Lemet oraz model 300l 2 węzownice. Zbiornik ten występuje w wykonaniu specjalnym pod symbolem: 20.300SE/H.
 - Lemet 400 litrów 2 węzownice, przedstawia producenta firmę Lemet oraz model 400l 2 węzownice. Zbiornik ten występuje w wykonaniu specjalnym pod symbolem: 20.400SE/H.”
- Powyższe wyjaśnienie wskazuje, że poszczególne modele mają nadany symbol, który określa urządzenie spełniające wymagania techniczne przetargu. Zatem symbol ten identyfikuje urządzenie w sposób umożliwiający weryfikację następnie spełnienia wymagań technicznych określonych w SIWZ dla zasobników.

W ocenie Izby, okoliczność, że trzy modele oferowanych urządzeń nie pochodzą z

bieżącej oferty P.P.U.H. LEMET przeznaczonej na szeroki rynek, ale stanowią produkt zindywidualizowany, dedykowany specjalnie dla wykonania tego zamówienia, przygotowany tak aby spełnić wymogi postawione przez Zamawiającego w tym postępowaniu, nie oznacza, że urządzenia te mogą być określone w sposób ogólny, niepozwalający na ich identyfikację techniczną. Fakt, że urządzenia będące przedmiotem oferty, będą produkcją specjalną dedykowaną na potrzeby przedmiotowego zamówienia, powinien być wskazany w ofercie przez Odwołującego. Tymczasem zostało podane określenie zasobnika na tyle ogólne, że nie pozwala ono na właściwą identyfikację oferowanego urządzenia. Odwołujący nie zawarł w ofercie jakiegokolwiek wzmianki, że oferuje urządzenia wykonane na specjalne indywidualne zamówienie. Ponadto, zauważyć należy, że inni wykonawcy w tym przetargu w swoich ofertach posłużyli się prawidłowym symbolem określającym model zasobników, tj.:

1. wykonawca Sanito Sp. z o. o. w załączniku nr 3 (formularz ofertowy) wskazał w tabeli nr 2 zasobniki: Lemet Model: 20.200SE (zasobnik w klasie energetycznej A), Lemet Model: 20.300SE (zasobnik w klasie energetycznej A) oraz Lemet Model: 20.400SE (zasobnik w klasie energetycznej A),
2. wykonawca Solartime Sp. z o.o. w załączniku nr 3 (formularz ofertowy) wskazał w tabeli nr 2 zasobniki: Lemet 20.200SE/H (zasobnik) Lemet 20.300SE/H (zasobnik) Lemet 20.400SE/H (zasobnik),
3. wykonawca JSB CONSTRUCTION PPHU J. S. w załączniku nr 3 (formularz ofertowy) wskazał w tabeli nr 2 zasobniki: LEMET 20.200SE/H (zasobnik), LEMET 20.300SE/H (zasobnik), LEMET 20.400SE/H (zasobnik).

Powyższe potwierdza, że Odwołujący nie dochował należytej staranności przy formułowaniu oferty w powyższym zakresie, tj. nie podał wymaganego modelu zasobników oferowanych w przedmiotowym postępowaniu, co stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w kontekście wymagań określonych w tej specyfikacji.

Jednocześnie zauważyć należy, że dla oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie objętym rozpoznaniem w ramach niniejszego postępowania, nie ma znaczenia okoliczność, że Zamawiający przewidział badanie urządzeń w ramach tego zamówienia pod względem zgodności z jego wymogami również na etapie realizacji zamówienia, zgodnie z § 4 ust. 17, 18 i 19 projektu umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ). Niezależnie bowiem od sposobu weryfikacji przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy, treść złożonej oferty musi być zgodna z treścią SIWZ już w momencie wyznaczonym jako termin składania ofert, a ponadto treść oferty nie może ulec zmianie w toku procedury wyjaśnień, wbrew zakazowi wynikającemu z art. 87 ust. 1 Pzp.

Reasumując, w opisie zawartym w formularzu ofertowym w tabeli 2 Odwołujący nie zawarł sformułowań, które wskazał producent - firma LEMET w piśmie z dnia 17 września 2020 r., w szczególności symbolu identyfikującego oferowane urządzenia. Chociaż karta

katalogowa potwierdza wszystkie parametry określone w specyfikacji technicznej przetargu, to jednak nie może ona zastąpić oświadczenia woli wykonawcy co do określenia rodzaju/modelu oferowanych zasobników.

Podkreślić przy tym należy, że niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ani też w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ musiałoby to prowadzić do uzupełnienia i tym samym do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. W tych okolicznościach należy jednak zauważyć, że Zamawiający nie zastosował procedur określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp lub w art. 87 ust. 1 Pzp wobec oferty Odwołującego, a tym samym nie dopuścił do niedozwolonej zmiany treści oferty Odwołującego.

Odnosnie drugiego zarzutu odwołania, Izba wskazuje, że za podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która jest niezgodna z przepisami ustawy. Stosownie zaś do brzmienia art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Skoro przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie został zastosowany przez Zamawiającego, gdyż brak było przesłanek uzasadniających jego zastosowanie wobec oferty Odwołującego, to nie sposób przyjąć, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z tym przepisem. Jak słusznie zauważył Odwołujący przepis ten nie może stanowić podstawy do oceny oferty, gdyż zawiera istotne dyrektywy, ale dla Zamawiającego, w zakresie stosowania procedury wyjaśnień treści oferty. Zasługuje zatem na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą Pzp w zakresie art. 87 ust. 1 Pzp.

Potwierdzenie się tego zarzutu należało ocenić w świetle art. 192 ust. 2 Pzp, jako niemające wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta Odwołującego i tak podlegała odrzuceniu. Zatem, uwzględnienie powyższego zarzutu nie mogło stanowić w konsekwencji podstawy do uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: