

Sygn. akt: KIO 1516/20

WYROK
z dnia 22 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę **ML System S.A. w Zaczerniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Moszczenica z siedzibą w Moszczenicy, działającą w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz:**

- a) **Gminy Biecz z siedzibą w Bieczu,**
- b) **Gminy Bobowa z siedzibą w Bobowie,**
- c) **Gminy Gorlice z siedzibą w Gorlicach,**
- d) **Miasta Gorlice z siedzibą w Gorlicach,**
- e) **Gminy Lipinki z siedzibą w Lipinkach,**
- f) **Gminy Łużna z siedzibą w Łużnej,**
- g) **Gminy Ropa z siedzibą w Ropie,**
- h) **Gminy Sękowa z siedzibą w Sękowej,**
- i) **Gminy Uście Gorlickie z siedzibą w Uściu Gorlickim,**

przy udziale wykonawcy **Sanito sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ML System S.A. w Zaczerniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ML System S.A. w Zaczerniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **ML System S.A. w Zaczerniu** na rzecz zamawiającego kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy),

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gminę Moszczenica, działającą w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz Gminy Biecz, Gminy Bobowa, Gminy Gorlice, Miasta Gorlice, Gminy Lipinki, Gminy Łużna, Gminy Ropa, Gminy Sękowa, Gminy Uście Gorlickie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zaprojektowanie, dostawa oraz wykonanie robót instalacyjnych, związanych z dostawą i montażem instalacji do wytwarzania energii OZE — zestawów paneli fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych, pomp ciepła i kotłów na biomasę w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE: Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała-Ropa”, w ramach poddziałania 4.11. Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 241-590922.

26 czerwca 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy ML System S.A. w Zaczerniu, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sanito sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,
 - 2) czynności oceny oferty złożonej przez przystępującego,
- odwołujący wniósł 6 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty przystępującego;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty przystępującego i przyznanie mu punktów w odniesieniu do kryterium jakościowego – „Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF” podczas gdy przystępujący na spełnienie tego kryterium złożył kartę katalogową producenta bez jakiegokolwiek potwierdzenia,
- 3) art. 186 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie przystępującemu punktów w kryterium jakościowym „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF”, podczas gdy:
 - a) po pierwszej ocenie ofert przystępujący nie otrzymał punktów tym kryterium,
 - b) przystępujący złożył odwołanie na brak przyznania punktów,
 - c) zamawiający uznał wskazane odwołanie,

d) odwołujący na rozprawie w dniu 22 czerwca 2020 r. złożył sprzeciw na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp wobec uznania odwołania przystępującego, korzystając z przysługującego mu na podstawie ustawy środka ochrony prawnej,

e) po złożeniu sprzeciwu, przystępujący na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp cofnął odwołanie, tym samym potwierdzając, że argumentacja którą przedstawił nie zasługiwała na uwzględnienie:

Tym samym zamawiający dokonał przyznania przystępującemu punktów wbrew czynnościom, które miały miejsce na rozprawie, ignorując przepisy o środkach ochrony prawnej,

4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert;
- 4) odjęcia przystępującemu punktów w kryterium „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF”,
- 5) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w dniu 20 kwietnia 2020 r. zamawiający zamieścił informację o wyborze najkorzystniejszej ofert, wskazując, że jako najbardziej korzystna na podstawie kryterium ceny oraz kryteriów jakościowych została uznana oferta przystępującego.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty złożyły 4 podmioty, a zamawiający ocenił je jak poniżej:

Wykonawca	Pkt w kryterium cena	PKT w Kryterium Odporność kolektora słonecznego na gradobicie	Pkt w kryterium Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego	Pkt w kryterium Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy	Pkt w kryterium Minimalna moc cieplna kotła na biomasę	Łączna punktacja
-----------	----------------------	---	--	---	--	------------------

				ciepła do c.w.u.		
Sanito sp. z o.o.	59,92	10	0	10	10	89,92
Hymon Energy sp. z o.o.	60	0	0	0	0	60
Flexi Power Group sp. z o.o. sp. k.	-----	-----	-----	-----	-----	Oferta odrzucon a
ML System S.A.	59,39	10	10	0	10	89,39

Odwołujący argumentował, że po ocenie ofert zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty. Ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z powyższym, została uznana oferta przystępującego. Na czynność wyboru odwołanie złożył odwołujący (zarzucając błędy w przyznawaniu punktów), przystępujący (zarzucając brak przyznania punktów w kryterium modułu) oraz Hymon Energy (przywoływanie go nieistotne z punktu widzenia niniejszego odwołania).

Odwołujący wskazał, że po złożeniu odwołań, zamawiający uznał w całości odwołanie przystępującego i przyznał mu punkty w kryterium „Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego” oraz uznał w części odwołanie odwołującego przyznając mu punkty w kryterium „Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.”. KIO w pozostałym zakresie oddaliło odwołanie odwołującego.

Odwołujący wywiódł, że na rozprawie w dniu 22 czerwca 2020 r. odwołujący, będący równocześnie przystępującym po stronie zamawiającego do odwołania przystępującego Sanito wniósł sprzeciw od uznania odwołania przystępującego Sanito. W odpowiedzi na powyższe Sanito cofnęło odwołanie.

Odwołujący wywiódł, że niezwłocznie, bo niecałe 3 godziny po ogłoszeniu wyroku (26 czerwca 2020 r.) zamawiający dokonał ponownego wyboru ofert, przyznając wbrew temu co stało się na rozprawie (sprzeciw tj. skorzystanie ze środka ochrony prawnej przysługującego ML System oraz cofnięcie odwołania przez Sanito tj. rezygnacji z podtrzymywania swojej argumentacji) punkty jak poniżej:

Wykonawca	Pkt w kryterium cena	PKT w Kryterium Odporność kolektora słonecznego	Pkt w kryterium Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego	Pkt w kryterium Rodzaj konstrukcji i skraplacza	Pkt w kryterium Minimalna moc cieplna kotła	Łączna punktacja

		gradobicie		a pompy ciepła do c.w.u.	biomasę	
Sanito sp. z o.o.	59,92	10	10	10	10	99,92
Hymon Energy sp. z o.o.	60	0	0	0	0	60
ML System S.A.	59,39	10	10	10	10	99,39

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem zamawiającego. Podniósł, że przystępujący nie wykazał zgodnie z SIWZ (na bazie dokumentu przedłożonego do oferty), że punkty w kryterium wypełnienia modułu fotowoltaicznego, powinny mu przysługiwać. Dodatkowo na rozprawie 22 czerwca 2020 r. cofając swoje odwołanie, przystępujący Sanito dał wyraz temu, że argumentacja przedstawiona w nim nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wybierał oferty na podstawie poniższych kryteriów:

1. Cena - 60 %
2. Kryterium jakościowe „Odporność kolektora słonecznego na gradobicie” - 10 %,
3. Kryterium jakościowe „Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF” - 10 %
4. Kryterium jakościowe „Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła” - 10 %,
5. Kryterium jakościowe „Minimalna moc cieplna kotła na biomasę” - 10 %.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący po pierwszej ocenie ofert w zakresie kryteriów jakościowych nie uzyskał wyłącznie punktów za współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego, natomiast w pozostałych trzech kryteriach otrzymał on maksymalną ilość punktów tj. łącznie 30. Brak przyznania punktów w tym kryterium przystępujący zaskarżył do KIO wskazując w odwołaniu odwołującego mało przekonującą argumentację (co sam potwierdził na rozprawie, „nie broniąc” swojego odwołania po sprzeciwie obecnego odwołującego).

Odwołujący zwrócił uwagę, że aby uzyskać punkty we wskazanym kryterium tj. współczynnika wypełnienia modułu fotowoltaicznego, wykonawcy zobowiązani byli do:

- dołączenia karty katalogowej potwierdzonej przez producenta urządzeń.

Odwołujący wskazał, że przystępujący złożył kartę katalogową bez jakiegokolwiek podpisu, parafki czy innego oświadczenia woli, które można byłoby uznać za potwierdzenie karty. W swym odwołaniu przystępujący wskazał, że przedmiotowa karta została założona „na papierze firmowym producenta”, więc można uznać, że stanowi to potwierdzenie.

Uzasadniając swe odwołanie przystępujący podał, że zamawiający nie wyjaśnił co należy rozumieć przez „potwierdzenie” a braki w SIWZ obciążają zamawiającego. Odwołujący zgadzał się z tym, że faktycznie zamawiający nie określił co oznacza to słowo, jednakże do oceny Izby odwołujący pozostawił kwestię, czy w ogóle zamawiający powinien dokonywać wykładni każdego słowa w treści SIWZ.

Zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu przyznawanie punktów przez zamawiającego, cechowało się istotnym forowaniem przystępującego. Odwołujący wywiódł, że na obecnym etapie kwestionuje przyznanie punktów za „wypełnienie modułu” wyłącznie na bazie samej karty katalogowej. Zdaniem odwołującego nie można uznać, że przedłożenie takiej karty nawet na papierze firmowym stanowi potwierdzenie czegokolwiek.

Według odwołującego karty katalogowe (a nawet kopie) zawsze znajdują się na listowniku firmowym danego producenta, co nie oznacza, że ktokolwiek taką kartę potwierdził. Więcej trudu zajęłoby „przerzucenie” tekstu karty z papieru firmowego na czystą kartkę. Więc w żaden sposób dołączenie karty nie można traktować jako potwierdzenie czegoś. Potwierdzenie ma tę cechę, że osoba składająca oświadczenie woli wskazuje na aktualność karty i parametrów w niej wskazanych.

Odwołujący argumentował, że słowo „potwierdzić” w przedmiotowym postępowaniu należy interpretować literalnie. Jeżeli zamawiający uznał, że karta katalogowa powinna także zostać potwierdzona, to niezbędne było złożenie przez określony podmiot oświadczenia woli, że taka karta jest prawdziwa. Słownik PWN stanowi, że „*potwierdzić to stwierdzić lub poświadczyć prawdziwość, wiarygodność albo istnienie czegoś*”.

Odwołujący przyznał, że w swym pierwszym odwołaniu wskazał na nierówne traktowanie jego i przystępującego w kryterium „Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.” wnosząc o przyznanie mu punktów, z uwagi na fakt, że przystępujący w takiej samej sytuacji faktycznej punkty otrzymał. Odwołujący wyjaśniał, że jego ówczesny zarzut zmierzał do równego traktowania stron. Zwracał uwagę, że zgodnie z wymaganiem SIWZ w kryterium „Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.” zamawiający przyznawał wykonawcom 10 punktów na podstawie wymagania:

Na potwierdzenie spełnienia powyższego kryterium do oferty należy dołączyć kartę katalogową lub inny dokument dla oferowanej pompy ciepła potwierdzonych przez producenta urządzeń.

Odwołujący wskazał, że zamawiający albo oczekiwał:

- karty katalogowej, albo
- innego dokumentu potwierdzonego przez producenta (np. oświadczenia).

Odwołujący argumentował, że w kryterium odnośnie „*Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego*” wymaganie brzmiało jednoznacznie tj. przedłożenie karty katalogowej potwierdzonej przez producenta.

Odwołujący wywiódł, że odnośnie kryterium pompy zaoferował tę samą pompę, co przystępujący. Wskazał, że złożył kartę katalogową oficjalnie otrzymaną mailowo od producenta (jednakże faktycznie bez podpisu). Przystępujący natomiast złożył tożsamą kartę katalogową wyłącznie z pieczętką (także przez podpisu). Zdaniem odwołującego w takim wypadku obaj wykonawcy powinni zostać potraktowani tak samo. To znaczy zdaniem odwołującego złożenie karty katalogowej, tak jak zrobił to odwołujący ma taki sam skutek, jak przedłożenie karty katalogowej wyłącznie z pieczętką (jak zrobił to przystępujący). Co więcej, później w dokumentacji pojawiła się karta z pieczętką i podpisem (na skutek ogólnego wezwania zamawiającego), jednakże w tym zakresie uzupełnienia nie są dopuszczalne.

Zdaniem odwołującego finalnie mieliśmy więc do czynienia z taką sytuacją, że odwołujący składając w sensie prawnym dokument o takich samych skutkach jak przystępujący, nie otrzymał punktów w sytuacji gdy przystępujący punkty uzyskał. Taki stan faktyczny stanowił podstawę zaskarżenia i zwrócenie zamawiającemu uwagi, że nie można tak różnicować stron. Celem zarzutu było w tym kryterium zrównanie pozycji wykonawców. Odwołujący argumentował, że żądał albo przyznania mu punktów, albo odjęcia punktów przystępującemu. Zdaniem odwołującego istotnym jest, że przystępujący miał świadomość, że karta katalogowa z samą pieczętką nie stanowi podstawy przyznania punktów w tym kryterium, gdyż dostał po złożeniu oferty kartę katalogową z pieczętką i podpisem.

Odwołujący podniósł, że po wniesieniu odwołania przez odwołującego (dzień przed terminem), przystępujący także zdecydował się na odwołanie w zakresie kryterium „Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego”. W odwołaniu przywołał zdaniem odwołującego bardzo nieprzekonującą argumentację. Pomimo to zamawiający uznał odwołanie w całości. Odwołujący wskazał, że w tym kryterium sytuacja wykonawców była istotnie odmienna. Odwołujący złożył kartę katalogową z podpisem kwalifikowanym (bezsporne potwierdzenie przez producenta), natomiast przystępujący złożył „pustą” kartę katalogową, pomimo, że wymaganie brzmiało „aby uzyskać punkty należy przedłożyć kartę potwierdzoną”. Zdaniem odwołującego, przystępujący może jednak liczyć na nieuzasadnioną przychylność zamawiającego, a sekwencja zdarzeń i czynności w niniejszym postępowaniu potwierdzają ten fakt.

Odwołujący podniósł także, że na rozprawie w dniu 22 czerwca 2020 r. on – jako przystępujący po stronie zamawiającego w postępowaniu KIO 935/20, złożył na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp sprzeciw od uwzględnienia odwołania Sanito (w zakresie przyznania punktów w kryterium modułu fotowoltaicznego). Zdaniem odwołującego już sam fakt uznania przez zamawiającego tak nieprzekonującej argumentacji wskazanej w odwołaniu (że złożenie karty na papierze firmowym stanowi potwierdzenie), przemawia, za bezpodstawnym forowaniem przystępującego.

Odwołujący wywiódł, że po złożeniu sprzeciwu, przystępujący Sanito cofnął swoje odwołanie w całości. Tym samym zrezygnował z podtrzymywania wskazanej w odwołaniu argumentacji. Zdaniem odwołującego jego sprzeciw w sprawie KIO 935/20 był skuteczny i w tym kierunku swoje czynności powinien wykonać zamawiający.

Pomimo wskazanych zdarzeń, zamawiający dokonując raz jeszcze czynności oceny ofert, przyznał w kryterium wypełnienia modułu punkty przystępującemu. Tym samym zignorował przysługujące odwołującemu środki ochrony prawnej, ignorując także zupełnie to, co zdarzyło się na rozprawie. Zdaniem odwołującego działanie przystępującego, przy założeniu, że zamawiający ma równe podejście do każdego z wykonawców, byłoby istotnie nieracjonalne, gdyż cofnięcie odwołania powinno skutkować brakiem przyznania punktów. Natomiast różnica punktowa jest tak niewielka, że bez wskazanych punktów, oferta przystępującego nie jest najkorzystniejsza. Tak więc, przystępujący cofając odwołanie miał świadomość, że zamawiający w dalszym ciągu przyzna mu punkty. Dodatkowo mając wiedzę, że argumentacja w odwołaniu jest mało przekonująca, nie podjął się obrony tej argumentacji, chcąc przenieść ewentualne ryzyka na odwołującego.

Zdaniem odwołującego dokonując rozpoznania niniejszego odwołania, KIO powinna mieć na uwadze powyższe względy i zarzuty naruszenia podstawowych zasad postępowania, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy Pzp).

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby złożył pismo procesowe z 21 lipca 2020 r., w którym przedstawił dalszą argumentację na poparcie zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby złożył odpowiedź na odwołanie z 22 lipca 2020 r., w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Sanito sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „przystępującym”. Złożył pismo procesowe z 20 lipca 2020 r., w którym wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, informację z

otwarcia ofert, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 17 marca 2020 r., dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 20 kwietnia 2020 r., odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie KIO 926/20, odwołanie wniesione przez przystępującego w sprawie KIO 935/20, wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2020 r. wydany w sprawach KIO 926/20 i KIO 932/20, postanowienie KIO z 2 czerwca 2020 r. wydane w sprawie KIO 935/20, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 czerwca 2020 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Sanito sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione przesłanki formalne wynikające z art. 185 ustawy Pzp i wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego Sanito o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Przystępujący Sanito w swym piśmie procesowym z dnia 20 lipca 2020 r. wskazał, że przedmiotowe odwołanie ML System w sprawie KIO 1516/20 dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Sanito wniesionym w sprawie KIO 935/20 po uwzględnieniu jego zarzutów.

Izba stwierdziła, że czynność zakwestionowana w obecnym odwołaniu to bezzasadne przyznanie przystępującemu Sanito 10 pkt w kryterium oceny ofert „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego”. Jak wynikało z odwołania przystępującego Sanito wniesionego w sprawie KIO 935/20, wykonawca ten rzeczywiście domagał się nakazania zamawiającemu przyznania mu 10 pkt w kryterium „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego. Prawdą jest też, że zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2020 r. oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w tym odwołaniu. Uszło jednak uwadze przystępującego Sanito, że wobec ww. uwzględnienia zarzutów, wykonawca ML System na posiedzeniu Izby w dniu 22 czerwca 2020 r. wniósł sprzeciw na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp. Następnie zaś na tym samym posiedzeniu przystępujący Sanito

wycofał swe odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 935/20. Wskutek powyższego Izba postanowieniem z dnia 22 czerwca 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 935/20 na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

W tej sytuacji, wbrew stanowisku przystępującego, kwestionowana obecnie czynność nie jest czynnością wykonaną zgodnie z uwzględnionym zarzutem odwołania wniesionego w sprawie KIO 935/20. O odrzuceniu odwołania w obecnie rozpoznawanej sprawie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, w której po stronie zamawiającego w sprawie KIO 935/20 nie występowałby żaden wykonawca, względnie gdyby wykonawca, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania. Innymi słowy, gdyby postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 935/20 podlegało umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 lub art. 186 ust. 3 lub art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Sprzeciw wniesiony przez ML System w sprawie KIO 935/20 osiągnął skutek, niweczył oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów. Skutkiem wniesienia sprzeciwu jest konieczność rozpoznania odwołania, co wynika z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp. Rozprawa w sprawie KIO 935/20 nie odbyła się zaś z tego powodu, że przystępujący Sanito wycofał swe odwołanie. Postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 935/20 podlegało umorzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, a nie na podstawie art. 186 ust. 2, pkt 3 czy 3a ustawy Pzp. Wycofanie przez przystępującego Sanito odwołania w sprawie KIO 935/20 oznaczało, że odwołanie to nie wywołało żadnych skutków prawnych. Motywy wycofania odwołania są obojętne dla takiego skutku procesowego.

W związku z powyższym wniosek przystępującego Sanito podlegał oddaleniu jako oczywiście bezzasadny.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *zaprojektowanie, dostawa oraz wykonanie robót instalacyjnych związanych z dostawą i montażem instalacji do wytwarzania energii z OZE – zestawów paneli fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych, pomp ciepła i kotłów na biomasę w ramach projektu współfinansowanego ze środków UE: Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała-Ropa”, w ramach poddziałania 4.11. Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020.*

Zgodnie z punktem 13.1 (s. 26) SIWZ Zamawiający oceniał oferty według następujących kryteriów:

1. Cena – waga 60%,
2. Kryterium jakościowe – „Odporność kolektora słonecznego na gradobicie” – waga 10%,
3. Kryterium jakościowe – „Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF” – waga 10%,
4. Kryterium jakościowe – „Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła” – waga 10%,
5. Kryterium jakościowe – „Minimalna moc cieplna kotła na biomasę” – waga 10%.

W zakresie kryterium „współczynnika wypełnienia modułu fotowoltaicznego” zgodnie z punktem 3 Tabeli 13.2 (s. 27 SIWZ): „Punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 10 pkt. W powyższym kryterium oceniany będzie współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego wyrażony w [%]”. Zamawiający wskazał, że Oferty będą oceniane według następującej skali punktowej:

1. Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego mniejszy lub równy 79,00% – $P_{FF} = 0,0$ pkt,
2. Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego większy niż 79,00% – $P_{FF} = 10,0$ pkt.

Zamawiający wskazał ponadto: „Na potwierdzenie spełnienia powyższego kryterium do oferty należy dołączyć kartę katalogową oferowanego modułu potwierdzoną przez producenta urządzeń. W przypadku braku dołączenia do oferty wymaganej karty katalogowej potwierdzonej przez producenta Zamawiający przyzna w wymaganym kryterium 0 punktów.”.

W zakresie kryterium „rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.” zgodnie z punktem 4 Tabeli 13.2 (s. 27 SIWZ): „Punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 10 pkt. W powyższym kryterium oceniany jest rodzaj skraplacza pompy ciepła do c.w.u. W danym kryterium Zamawiający przyzna punkty na zasadzie posiada/nie posiada”. Zamawiający wskazał, że Oferty będą oceniane według następującej skali punktowej:

1. Pompa ciepła nieposiadająca konstrukcji skraplacza w formie szerokiej taśmy montowanej na zasobniku ze specjalnym systemem sprężyn (amortyzatorów) zapewniających stały kontakt skraplacza z zasobnikiem c.w.u. przy zmianach rozszerzalności cieplnej materiałów – $P_{spc} = 0,0$ pkt,
2. Pompa ciepła posiadająca konstrukcję skraplacza w formie szerokiej taśmy montowanej na zasobniku ze specjalnym systemem sprężyn (amortyzatorów) zapewniających stały kontakt skraplacza z zasobnikiem c.w.u. przy zmianach rozszerzalności cieplnej materiałów – $P_{spc} = 10,0$ pkt.

Zamawiający wskazał ponadto: „*Na potwierdzenie spełnienia powyższego kryterium do oferty należy dołączyć kartę katalogową lub inny dokument dla oferowanej pompy potwierdzonych przez producenta urządzeń. W przypadku nie przedłożenia wraz z ofertą wymaganej karty katalogowej lub innego dokumentu potwierdzonych przez producenta Zamawiający przyzna w wymaganym kryterium 0 punktów.*”.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swe oferty złożyli m.in. przystępujący i odwołujący.

Przystępujący oświadczył w pkt 2c w formularzu ofertowym, że oferuje współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego (FF) wynoszący: 79,75%. W formularzu oświadczył też, że oferuje instalacje fotowoltaiczne, w których producentem modułu jest Hyundai Heavy Industries Group, zaś oferowany model modułu to HiE-S345SG.

Do oferty dołączono plik pdf z kartą katalogową modułu fotowoltaicznego Hyundai KiE-S345SG. W pliku tym karta ta jest sporządzona na papierze firmowym producenta i jest opisana jego danymi teleadresowymi. Karta ta znajduje się na stronie internetowej:

https://pvgroup.pl/wp-content/uploads/2020/06/Hyundai_SG-datasheet_Silver_FullData.pdf.

Karta za została podpisana elektronicznie za zgodność z oryginałem przez przystępującego.

Przystępujący oświadczył w pkt 2 d w formularzu ofertowym, że oferuje posiadanie konstrukcji skraplacza w formie szerokiej taśmy montowanej na zasobniku ze specjalnym systemem sprężyn (amortyzatorów) zapewniających stały kontakt skraplacza z zasobnikiem c.w.u. przy zmianach rozszerzalności cieplnej materiałów. W formularzu oświadczył też, że oferuje pompy ciepła produkcji Stiebel Eltron model SHP-F 300 X Premium.

Przystępujący do oferty załączył w formie pliku pdf kartę katalogową Pompy SHP – F 300 X Premium opatrzoną dodatkowo dostawioną odręczną pieczęcią firmy Stiebel Eltron – Polska sp. z o.o. w Warszawie. Karta za została podpisana elektronicznie za zgodność z oryginałem przez przystępującego.

Odwołujący oświadczył w pkt 2c w formularzu ofertowym, że oferuje współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego (FF) wynoszący: 79 %. W formularzu oświadczył też, że oferuje instalacje fotowoltaiczne, w których producentem falownika jest GROWATT, zaś producentem modułu fotowoltaicznego jest odwołujący, a model to ML-S6MF/T1-345-992/1685.

Do oferty dołączono plik pdf z kartą katalogową modułu fotowoltaicznego ML-S6MF/T1-345-992/1685. W pliku tym karta ta jest sporządzona na papierze firmowym producenta czyli odwołującego i jest opisana jego danymi teleadresowymi. Karta ta została podpisana elektronicznie przez odwołującego.

Odwołujący oświadczył w pkt 2 d w formularzu ofertowym, że oferuje posiadanie konstrukcji skraplacza w formie szerokiej taśmy montowanej na zasobniku ze specjalnym systemem sprężyn (amortyzatorów) zapewniających stały kontakt skraplacza z zasobnikiem c.w.u. przy zmianach rozszerzalności cieplnej materiałów. W formularzu oświadczył też, że oferuje pompy ciepła produkcji Stiebel Eltron model SHP-F 300 X Premium.

Odwołujący do oferty załączył w formie pliku pdf kartę katalogową pompy SHP – F 300 X Premium. W pliku tym karta ta jest sporządzona na papierze firmowym producenta. Karta ta znajduje się na stronie internetowej:

<https://stiebel->

[eltron.pl/pl/produkty_rozwiazania/ogrzewacze_wody/pompy_ciepla_do_cieplejwodyuzytkowe_j/typoszereg_kompaktowyshp-f220300premiumxtrybrecyrkulacjipowietrz/shp-f_300_x_premium/dane-techniczne.product.pdf](https://stiebel-eltron.pl/pl/produkty_rozwiazania/ogrzewacze_wody/pompy_ciepla_do_cieplejwodyuzytkowe_j/typoszereg_kompaktowyshp-f220300premiumxtrybrecyrkulacjipowietrz/shp-f_300_x_premium/dane-techniczne.product.pdf)

Karta za została podpisana elektronicznie za zgodność z oryginałem przez odwołującego.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 17 marca 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia m.in. karty modułów/paneli fotowoltaicznych i falowników obejmującą informacje potwierdzające spełniania przez te urządzenia parametrów zawartych w SIWZ wraz z załącznikami.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył plik pdf z kartą katalogową modułu fotowoltaicznego Hyundai KiE-S345SG, dodatkowo opatrzony pieczęcią Hyundai Energy Solutions Co. Ltd i podpisem Indeok Chung. W pliku tym karta ta jest sporządzona na papierze firmowym producenta i jest opisana jego danymi teleadresowymi. Karta ta znajduje się na stronie internetowej:

https://pvgroup.pl/wp-content/uploads/2020/06/Hyundai_SG-datasheet_Silver_FullData.pdf.

Pod względem treści jest to tożsama karta z kartą załączoną do oferty.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający 20 kwietnia 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający poinformował także m.in., że wykonawcy otrzymali następującą punktację.

Wykonawca	Pkt w kryterium cena	PKT w Kryterium Odporność kolektora słonecznego na gradobicie	Pkt w kryterium Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego	Pkt w kryterium Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy	Pkt w kryterium Minimalna moc cieplna kotła na biomasę	Łączna punktacja

				ciepła do c.w.u.		
Sanito sp. z o.o.	59,92	10	0	10	10	89,92
Hymon Energy sp. z o.o.	60	0	0	0	0	60
Flexi Power Group sp. z o.o. sp. k.	-----	-----	-----	-----	-----	Oferta odrzucon a
ML System S.A.	59,39	10	10	0	10	89,39

W dalszej kolejności ustalono, że wobec ww. czynności zostały wniesione odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- a) w dniu 30 kwietnia 2020 r. przez odwołującego ML System S.A. (sygn. akt KIO 926/20),
- b) w dniu 30 kwietnia 2020 r. przez przystępującego Sanito sp. z o.o. (sygn. akt KIO 935/20).

W odwołaniu w sprawie KIO 926/20 odwołujący ML System S.A. zarzucił zamawiającemu m.in. w pkt 4 - naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przyznania odwołującemu ML System punktów w kryterium jakościowym „Rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła”, a przyznanie punktów w tym kryterium wykonawcy Sanito, mimo, że Odwołujący złożył oficjalną kartę katalogową produktu, z której wynikało, że zaoferowana pompa ciepła posiada konstrukcję skraplacza w formie szerokiej taśmy montowanej na zasobniku ze specjalnym systemem sprężyn.

W odwołaniu w sprawie KIO 935/20 przystępujący Sanito zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie przyznania przystępującemu Sanito 10 pkt za kryterium jakościowe – „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF” ze względu na złożenie karty katalogowej, która rzekomo nie była potwierdzona przez producenta, mimo, że przystępujący Sanito wykazał potwierdzenie posiadania ww. parametru ze względu na uzyskanie zgody producenta na złożenie karty katalogowej na papierze firmowym producenta.

Ustalono także, że zamawiający pismem z 19 czerwca 2020 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu w sprawie KIO 935/20 oraz uwzględnił częściowo odwołanie wniesione w sprawie KIO 926/20 w zakresie przytoczonego wyżej zarzutu z pkt 4.

Ustalono także, że w trakcie posiedzenia Izby w dniu 22 czerwca 2020 r. odwołujący ML System – jako przystępujący do sprawy KIO 935/20 wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania wniesionego przez Sanito. Następnie Sanito, jako odwołujący w sprawie wycofał odwołanie w sprawie KIO 935/20.

Wobec powyższego postanowieniem z dnia 22 czerwca 2020 r. Izba umorzyła postępowania odwoławcze w sprawie KIO 935/20 z powodu wycofania odwołania.

Ustalono także, że wyrokiem z dnia 26 czerwca 2020 r. Izba umorzyła postępowanie o sygn. akt KIO 926/20 w zakresie zarzutu nr 4 odwołania, na skutek uwzględnienia w tym zakresie zarzutów przez zamawiającego i niewniesienia sprzeciwu.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 26 czerwca 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający poinformował także m.in., że wykonawcy otrzymali następującą punktację.

Wykonawca	Pkt w kryterium cena	PKT w Kryterium Odporność kolektora słonecznego na gradobicie	Pkt w kryterium Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego	Pkt w kryterium Rodzaj konstrukcji i skraplacza pompy ciepła do c.w.u.	Pkt w kryterium Minimalna moc cieplna kotła na biomasę	Łączna punktacja
Sanito sp. z o.o.	59,92	10	10	10	10	99,92
Hymon Energy sp. z o.o.	60	0	0	0	0	60
ML System S.A.	59,39	10	10	10	10	99,39

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Nie ulegało wątpliwości, że aby uzyskać punkty w kryterium oceny ofert „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego” zgodnie z pkt 13.2 SIWZ należało dołączyć do oferty kartę katalogową potwierdzoną przez producenta urządzeń.

Zgodzić należało się z zamawiającym i przystępującym Sanito, że zamawiający nie określił co należy rozumieć przez potwierdzenie karty.

Dokonując wykładni przywołanego wymogu z kryterium oceny ofert należało posłużyć się wszystkimi regułami wykładni prawniczej. Zgodnie z najnowszymi poglądami teoretyków prawa, co znajduje odzwierciedlenie w poglądach sądów, w tym Sądu Najwyższego, wykładnia językowa, nawet w sytuacji gdy interpretowane sformułowanie jest jasne, nie jest jedyną, która powinna prowadzić do odczytywania znaczenia norm prawnych. Reguły dotyczące wykładni norm prawnych można stosować również do interpretacji postanowień SIWZ. Jak wynika z ww. poglądów, obecnie odchodzi się od akcentowanego we wcześniejszym okresie prymatu wykładni literalnej, czego wyrazem było stwierdzenie, że to co jasne, nie podlega interpretacji „*clara non sunt interpretanda*”. Obecnie w teorii prawa, znajdującej poparcie w coraz częstszych orzeczeniach sądów, w tym Sądu Najwyższego, przyjmuje się, że interpretacji podlega wszystko, w tym również pojęcia jasne, w myśl zasady „wszystko podlega interpretacji” - „*omnia sunt interpretanda*”. Przykładowo w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. sygn. akt IV CSK 90/09 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym *Wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii clara non sunt interpretanda. Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję. Zerwał z nią także Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnich latach (por. wyroki: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03 niepubl., z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, niepubl. i z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162).*

Zgodnie z art. 65 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności w jakich zostały złożone zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje*. Zdaniem Izby, przepis ten należy odnieść zarówno do interpretacji oświadczenia woli, jakim jest postanowienie SIWZ.

Jeśli chodzi o wykładnię językową to jak słusznie wskazywali zamawiający i przystępujący Sanito, wobec niezdefiniowania tego pojęcia należało odwołać się do ogólnej definicji tego pojęcia - choćby tej wynikającej ze słownika PWN, do której zresztą odnosił się sam odwołujący.

Zgodnie z tą definicją słowo „potwierdzić” w języku polskim oznacza:

1. *stwierdzić lub poświadczyć prawdziwość, wiarygodność lub istnienie czegoś,*
2. *zgodzić się na coś, przyznać komuś rację.*

Jeśli chodzi o wykładnię celowościową to z opisu kryterium oceny ofert można uchwycić cel, jaki przyświecał zamawiającemu. Potwierdzenie karty przez producenta miało zapobiec sytuacji, w której wykonawcy w postępowaniu powołują się na dokumenty nieaktualne, niewiążące, niewiadomego autorstwa, stworzone własnoręczne, czy których nie można powiązać z producentem. Z pewnością zaś celem zamawiającego nie był formalizm, ani oczekiwane złożenie formalnego oświadczenia woli przez wszystkich uprawnionych członków zarządu producenta czy załączenie dokumentów rejestrowych producenta celem wykazania prawidłowości takiej reprezentacji.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należało ustalić, czy tak rozumiany wymóg potwierdzenia spełniała karta modułu fotowoltaicznego HiE-S345SG zaoferowanego przez przystępującego Sanito.

Do oferty przystępującego dołączono plik pdf z kartą katalogową modułu fotowoltaicznego Hyundai KiE-S345SG. Karta ta znajduje się na stronie internetowej oficjalnego polskiego dystrybutora producenta:

https://pvgroup.pl/wp-content/uploads/2020/06/Hyundai_SG-datasheet_Silver_FullData.pdf.

W pliku tym karta ta jest sporządzona na papierze firmowym producenta (zawiera logo Hyundai), jest opisana danymi teleadresowymi producenta (nr telefonu, faksu, poczty email, adres pocztowy producenta), na karcie znajduje się odwołanie do strony internetowej producenta www.hyundai-es.co.kr

Karta za została podpisana elektronicznie za zgodność z oryginałem przez przystępującego.

W tej sytuacji można było uznać, że tak przedstawiona karta katalogowa spełnia wymóg opisany w SIWZ. Skoro oficjalny dystrybutor producenta zamieszcza na swojej oficjalnej stronie internetowej kartę katalogową sporządzoną na papierze firmowym producenta (zawierającą logo Hyundai), opisaną danymi teleadresowymi producenta (nr telefonu, faksu, poczty email, adres pocztowy producenta), na karcie znajduje się odwołanie do strony internetowej producenta www.hyundai-es.co i czyni to za zgodą i wiedzą producenta to taka sytuacja oznacza, że producent zgadza się na publikację danych zawartych w tej karcie. Przedstawiony przez przystępującego dokument nie jest anonimowym plikiem, którego źródła i pochodzenia nie da się ustalić. Spełniony jest także cel postawionego wymogu. Przedstawiony plik umożliwił zamawiającemu stwierdzenie, że jest to dokument aktualny, wiążący, wiadomego autorstwa.

Na uwagę zasługiwał fakt, że stanowisko obecnie prezentowane przez odwołującego o konieczności przedstawienia formalnego oświadczenia woli pochodzącego od producenta było sprzeczne z oświadczeniami odwołującego przedstawionymi przez niego w poprzednim postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 926/20.

W przywoływanej sprawie odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu przyznania mu punktów w innym kryterium pozacenowym „rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła”. Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 926/20 odniósł się do nieprzyznania mu pierwotnie przez zamawiającego punktów w ww. kryterium. Oświadczył, co następuje:

„Odwołujący na potwierdzenie, że oferowana pompa posiada taką konstrukcję skraplacza, jak określona w kryterium jakościowym przedłożył aktualną kartę katalogową tego urządzenia. Warto dodać, że karta ta została zamieszczona przez producenta na stronie www i potwierdza funkcjonalności urządzenia.

Odwołujący uważa, że brak przyznania mu punktów we wskazanym kryterium stanowi naruszenie Pzp przez zamawiającego.” (pkt 25 i 26 odwołania w sprawie KIO 926/20, załącznik do pisma procesowego przystępującego Sanito).

Z kolei w pkt 28 ww. odwołania odwołujący powoływał się na fakt niesprecyzowania przez zamawiającego w SIWZ co rozumie przez pojęcie „potwierdzony przez producenta”. Wskazywał, że nie zostało sprecyzowane czy ma być to podpis reprezentacji (zarządu danej spółki), czy umocowanego pełnomocnika, czy handlowca sprzedającego konkretne rozwiązanie, a może oficjalne umieszczenie na stronie internetowej.

Z przywołanych fragmentów odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie KIO 926/20 jednoznacznie wynikało zatem, że odwołujący uważał zapis SIWZ za niejednoznaczny i jako jeden z dopuszczalnych przejawów „potwierdzenia karty przez producenta” uważał umieszczenie karty na stronie internetowej. Takiemu wywodowi odwołującego towarzyszyło żądanie przyznania punktów w kryterium oceny ofert „rodzaj konstrukcji skraplacza pompy ciepła”.

Odwołujący bezzasadnie przy tym wywodził w obecnym odwołaniu, że sposób przyznawania punktów w obu kryteriach się różnił. Jak wynikało z postanowień SIWZ, celem przyznania punktów w kryterium dotyczącym pompy należało złożyć „*kartę katalogową lub inny dokument dla oferowanej pompy ciepła potwierdzonych przez producenta urządzeń*”. Zamawiający wskazał także, że „*w przypadku nie przedłożenia wraz z ofertą wymaganej karty katalogowej lub innego dokumentu potwierdzonych przez producenta zamawiający przyzna w kryterium 0 punktów*”.

Nie było sporne między stornami, że na potwierdzenie tego kryterium odwołujący złożył plik pdf z kartą katalogową pompy SHP – F 300 X Premium. Karta ta znajdowała się na stronie internetowej:

<https://stiebel->

[eltron.pl/pl/produkty_rozwiazania/ogrzewacze_wody/pompy_ciepla_do_cieplejwodyuzytkowe_j/typoszereg_kompaktowyshp-f220300premiumxtrybreccyrkulacjipowietrz/shp-f_300_x_premium/dane-techniczne.product.pdf](https://stiebel-eltron.pl/pl/produkty_rozwiazania/ogrzewacze_wody/pompy_ciepla_do_cieplejwodyuzytkowe_j/typoszereg_kompaktowyshp-f220300premiumxtrybreccyrkulacjipowietrz/shp-f_300_x_premium/dane-techniczne.product.pdf).

Karta ta została podpisana elektronicznie za zgodność z oryginałem jedynie przez odwołującego.

Zatem również karta przedstawiona przez odwołującego nie zawierała żadnego odrębnego oświadczenia woli producenta, analogicznie jak karta przystępującego Sanito przedstawiona dla oceny w kryterium „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego”.

W ramach pierwszej czynności wyboru oferty z 20 kwietnia 2020 r. zamawiający nie przyznał punktów w spornych kryteriach żadnemu z wykonawców. Zaniechanie przyznania punktacji spotkało się ze zgodną reakcją obu wykonawców, którzy w sprawach KIO 926/20 i KIO 935/20 domagali się przyznania swym ofertom punktów w spornych kryteriach.

W obecnie kwestionowanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 26 czerwca 2020 r. zamawiający przyznał punkty obu wykonawcom w spornych kryteriach.

Odwołujący w obecnie wniesionym odwołaniu wywodził, że sytuacja w obu kryteriach rzekomo miała być różna. Wskazywał, że w kryterium „konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.” można było złożyć kartę katalogową albo inny dokument potwierdzony przez producenta. Na stronie 6 obecnie wniesionego odwołania odwołujący wywiódł, że przy ocenie ofert w kryterium „konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.” karta nie musiała być potwierdzona. Argumentował, że wymóg potwierdzenia dotyczył tylko „innego dokumentu”.

Stanowisko prezentowane przez odwołującego jest nieprawidłowe. Podkreślić należy, że zamawiający w opisie kryterium „konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.” dwukrotnie użył słowa „potwierdzonych” a więc słowa w liczbie mnogiej. W konsekwencji wymóg potwierdzenia odnosił się zarówno do karty katalogowej jak i innego dokumentu.

W tej sytuacji, wbrew stanowisku odwołującego, wykonawcy w postępowaniu powinni zostać potraktowani identycznie. Powyższe oznaczało, że przy rygorystycznym odczytywaniu wymogu odwołujący nie powinien uzyskać punktów w kryterium pompy „konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.”, a przystępujący nie powinien otrzymać punktów w kryterium „współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego”, czyli tak jak w czynności z 20 kwietnia 2020 r. Z kolei przy takiej interpretacji wymogu, jaką Izba przedstawiła powyżej, każdy z wykonawców powinien dostać punkty w spornych kryteriach, czyli tak jak w obecnie kwestionowanej czynności wyboru oferty z 22 czerwca 2020 r.

Dostrzeżenia wymagało, że w każdym z tych przypadków, oferta przystępującego jest ofertą korzystniejszą od oferty odwołującego.

Bezzasadna okazała się argumentacja odwołującego przedstawiona na rozprawie w dniu 22 lipca 2020 r., jakoby przystępujący powinien dodatkowo nie dostać punktów w kryterium „konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.” z uwagi na brak potwierdzenia karty dotyczącej pompy. Wzięto pod uwagę, że przystępujący do oferty załączył w formie pliku pdf kartę katalogową pompy SHP – F 300 X Premium opatrzoną dodatkowo dostawioną odręczną pieczęcią firmy Stiebel Eltron – Polska sp. z o.o. w Warszawie. Karta ta została następnie podpisana elektronicznie za zgodność z oryginałem przez przystępującego. Powyższe prowadziło do wniosku, że karta ta została nie tylko potwierdzona przez umieszczenie jej na stronie internetowej producenta, ale także przez dodatkowe działanie polegające na przybiciu na niej dodatkowej pieczęci producenta, co niewątpliwie należało odczytywać jako wyraz akceptacji przez producenta.

Niezasadne okazało się argumentowanie przez odwołującego jakoby przy rozpoznawaniu obecnego odwołania nie należało odwoływać się do przebiegu postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 926/20 i KIO 935/20. Podkreślić należy, że to sam odwołujący na stronie 6 obecnego odwołania nawiązywał do rzekomo różnego sposobu oceny ofert w kryterium „konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.”. Dostrzeżenia wymagało również, że to odwołujący we wniesionym obecnie odwołaniu postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp powiązany z zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który wszak statuuje zasadę równego traktowania wykonawców. W związku z powyższym Izba rozstrzygając w przedmiocie odwołania, musiała ocenić sposób przyznawania przez zamawiającego punktów z uwzględnieniem tej zasady, na jaką odwołujący się powołał.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł zostać uwzględniony.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 186 ust. 4 w zw. z 187 ust. 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 186 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Art. 187 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, że *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.*

Rzeczywiście przystępujący Sanito w sprawie sygn. akt KIO 935/20 po uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów z jego odwołania i wniesieniu sprzeciwu przez ML System wycofał odwołanie.

Wycofanie odwołania oznacza, że wniesione odwołanie nie wywołuje żadnych skutków prawnych. W konsekwencji wycofania odwołania zamawiający nie musiał przyznawać przystępującemu Sanito punktów w kryterium „Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF”, czego ten wykonawca domagał się w cofniętym odwołaniu. Powyższe nie oznaczało jednak, że zamawiający nie mógł samodzielnie dokonać czynności zgodnie z żądaniem przedstawionym w cofniętym odwołaniu. Jak stwierdziła Izba takie postępowanie zamawiającego okazało się trafne z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców. Wszak zamawiający wskutek uwzględnienia zarzutu odwołującego z pkt 4 odwołania w sprawie KIO 926/20 i niewniesienia sprzeciwu zobowiązany był do przyznania odwołującemu dodatkowych punktów w kryterium dotyczącym „konstrukcji skraplacza pompy ciepła do c.w.u.”, a - jak wskazano wcześniej – sytuacja przystępującego Sanito w kryterium „Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego FF” była identyczna.

Wbrew stanowisku odwołującego, takie postępowanie zamawiającego nie stanowi jakiegokolwiek przeniesienia ryzyka na odwołującego ML System. Ryzyko przegranej odwołującego ML System, jako wnoszącego sprzeciw w sprawie sygn. akt KIO 935/20, było dokładnie tako samo jak ryzyko przegranej w obecnie prowadzonej sprawie odwoławczej. W obu przypadkach, jako przegrywający musiałby ponieść koszty postępowania odwoławczego. Wobec powyższego argument odwołującego ML System o przeniesieniu na niego ryzyka finansowego wniesienia środka ochrony prawnej jest nietrafny. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. W tej sytuacji odwołanie musiało zostać oddalone.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący. Zatem to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: