

WYROK
z dnia 19 marca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: NIKMAR Ekologiczne Systemy Grzewcze Zakład Handlowo-Usługowy N. M. (lider), S. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Produkcyjno-Handlowy S. K. (partner) oraz Z. H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Instalacji Grzewczych i Gazowych. Handel – Z. H. (partner), ul. Ochotników Węgierskich 17, 23-300 Jenów Lubelski w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Frampol, ul. Radzięcka 8, 23-440 Frampol**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Frampol, ul. Radzięcka 8, 23-440 Frampol** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: NIKMAR Ekologiczne Systemy Grzewcze Zakład Handlowo-Usługowy N. M. (lider), S. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Produkcyjno-Handlowy S. K. (partner) oraz Z. H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Instalacji Grzewczych i Gazowych. Handel – Z. H. (partner), ul. Ochotników Węgierskich 17, 23-300 Jenów Lubelski** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Frampol, ul. Radzięcka 8, 23-440 Frampol** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: NIKMAR Ekologiczne Systemy Grzewcze Zakład Handlowo-Usługowy N. M. (lider), S. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Produkcyjno-Handlowy S. K. (partner) oraz Z. H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Instalacji Grzewczych i Gazowych. Handel – Z. H. (partner), ul. Ochotników Węgierskich 17, 23-300 Jenów Lubelski** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Zamościu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Frampol (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Frampol w ramach projektu: „ECO-EFEKTYWNY Frampol Etap II” Część 2 zamówienia – „Dostawa i montaż kotłów na biomasę w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Frampol” (znak postępowania ZP.271.34.02.2017) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum w składzie: M. N., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Nikmar” Ekologiczne Systemy Grzewcze Zakład Handlowo-Usługowy N. M. (lider), ul. Ochotników Węgierskich 17, 23-300 Janów Lubelski oraz partnerzy: S. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. K. Zakład Produkcyjno-Handlowy, Klikawa, ul. Leśna 5, 24-100 Puławy oraz Z. H., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacji Grzewczych i Gazowych. Handel – Z. H., ul. Fiołkowa 42, 23-300 Janów Lubelski (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3, poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1, poprzez niezgodne odrzucenia oferty i uznanie, że złożone wyjaśnienia dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia nie potwierdziły, że oferowany przedmiot zamówienia, tj. kotły nie spełniają podstawowych wymogów dokumentacji projektowej pod względem zakresu mocy, zakresu swojej modulacji oraz, że odwołujący zaoferował dwa różne rozwiązania palników, z których jedno jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, a nadto, poprzez uznanie, że odwołujący złożył ofertę otwierającą możliwość prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. uznania za wystarczające wyjaśnienia, do których był wzywany odwołujący,
3. dokonania czynności badania i wyboru ofert z uwzględnieniem oferty

odwołującego.

Odwołujący wniósł także o:

1. zwrot kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3 600 zł,
2. zobowiązanie zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności oferty odwołującego, wszystkich wyjaśnień i pism złożonych przez odwołującego wraz ze złożoną dokumentacją,
3. dopuszczenie opinii biegłego z zakresu instalacji sanitarnych na okoliczność, iż oferta jest zgodna z warunkami SIWZ wskazanymi przez zamawiającego pod względem wszystkich wymogów SIWZ wskazanych w tym w szczególności: prawidłowości doboru mocy kotła SKP BIO 16 do wymogów SIWZ oraz zgodność zastosowanego palnika MK PRR-AC w kotle SKP BIO 16 z wymogami SIWZ,
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane.

Odwołujący podał, że zamawiający stwierdził, że kotły przedstawione przez Lidera Konsorcjum: firmę NIKMAR Ekologiczne Systemy Grzewcze Zakład Handlowo Usługowy nie spełniają podstawowych wymogów dokumentacji projektowej pod względem zakresu mocy, zakresu swojej modulacji, a wykonawca w ofercie zaoferował dwa różne rozwiązania palników, z których jedno jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, a nadto, że na podstawie oferty i złożonych przez odwołującego dokumentów oferowany produkt nie spełnia wymogów wskazanych w treści SIWZ. Uzpełnił, że stanowisko zamawiającego uzupełnia ekspertyza biegłego powołanego na okoliczność zasięgnięcia opinii z zakresu wiedzy specjalistycznej związanej z przedmiotem zamówienia.

W ocenie odwołującego z dokumentacji przetargowej wynikało, że zamawiający oczekuje dostawy kotłów o mocy w pracującym zakresie 5-15 kW, tj. o modulacji (zakresie automatycznej regulacji) 30-100% mocy nominalnej (15 kW).

Stwierdził, że potwierdził możliwość dostawy kotłów o mocy 16 kW, a w swoim wyjaśnieniu z 31.01.2018 r. poinformował, że kotły mają możliwość regulacji mocy od 60 do 100%, a nie wymagane przez zamawiającego 30-100 %.

Zdaniem odwołującego dopuszczenie przez zamawiającego kotłów o mocy wyższej niż opisana w dokumentacji przetargowej mogła rodzić sprzeciw innych potencjalnych wykonawców, którzy nie przystąpili do postępowania, a posiadali w swojej ofercie kotły o mocy 16 kW. Uzpełnił, że zamawiający podał, że musi trzymać się sumarycznej mocy grzewczej podanej we wniosku o dofinansowanie.

Odwołujący podał, że zamawiający wskazał, że z przedstawionej przez odwołującego dokumentacji dotyczącej palnika MK PRR-AC nie wynika jednoznacznie jaką budowę ten palnik posiada – dokumentacja jest sprzeczna: zapis w pkt 1.2 stanowi, że palnik posiada stałą powierzchnię rusztu nachyloną pod kątem 135 st., natomiast z części rysunku „1.4 Parametry techniczne”, że podłoga palnika jest pozioma (płaska), podobnie jak z kolejnego rysunku „3 budowa palnika”. Zamawiający uznał, że sprzeczności w dokumentacji powodują, że treść oferty wskazuje na dwa wykluczające się istotne rozwiązania, z których jedno jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, w efekcie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadzioby do zakazanych negocjacji z wykonawcą co do zaoferowanego rozwiązania palnika.

Odwołujący wskazał, że zamawiający, Zarządzeniem nr 7/2018 Burmistrza Frampola z 07.02.2018 r., powołał biegłego w celu wydania ekspertyzy z zakresu wiadomości specjalnych dotyczących technologii CO objętych przedmiotem zamówienia – zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego oparł na ekspertyzie z 12.02.2018r. (dołączona do decyzji o odrzuceniu oferty z dnia 22.02.2018 r.).

Odwołujący nie zgodził się z uzasadnieniem decyzji, zarzucając wady i nierzetelność ekspertyzy.

W odniesieniu do kotła SKP BIO 16 podał, że w ekspertyzie (pkt. ad. 1) ekspert wskazał: „*Zamawiający oczekuje dostawy kotłów o mocy w pracującym zakresie 5-15 kW, a więc o modulacji (zakresie automatycznej regulacji) 30-100% mocy nominalnej (15 kW).*”

Odwołujący podniósł, że w przedstawionym Świadectwie nr OS/560/CUE/18 wydanym przez Instytut Energetyki w Łodzi wskazano, iż kocioł o mocy 16 kW spełnia wymogi 5 klasy zgodnie z normą PNEN 303-5:2012, która to norma precyzuje sposób przeprowadzenia badań – kocioł powinien być badany przy 100 % mocy nominalnej, tj. w przypadku kotła odwołującego 16 kW oraz przy mocy obniżonej czyli 30 % mocy nominalnej, tj. 4,8 kW.

Wskazał, że zgodnie z SIWZ (załącznik 1b *Projekt budowlano-wykonawczy wymiany źródła ciepła na kocioł grzewczy + C. W. U. wykorzystujący biomasę zestaw 5-15 kW*, pkt. 4.1) zamawiający określił zakres pracy kotła, wskazując moc minimalną jako 5 kW, natomiast moc nominalną 15 kW, co potwierdza biegły w ekspertyzie.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z powyższymi danymi oferowany kocioł SKP BIO 16 posiada moc minimalną 4,8 kW zaś moc nominalną ograniczoną elektronicznie do 15 kW.

Podniósł, że zamawiający nigdzie nie wskazał, że nie dopuszcza takiego sposobu ograniczenia mocy kotła.

Zdaniem odwołującego przedstawione świadectwo potwierdza wymagania prawne

dopuszczenia kotłów do obrotu i zaświadcza, że oferowany kocioł spełnia wszystkie wymogi SIWZ określone w załączniku nr 1b.

W ocenie odwołującego biegły niewłaściwie interpretuje przepisy, czyniąc zasadnicze błędy w ocenie mocy nominalnej oferowanego kotła SKP BIO 16.

Wskazał, iż w pkt Ad. 1 ekspertyzy biegły błędnie interpretuje moc nominalną kotła SKP BIO 16 – myli możliwość regulacji mocy nominalnej od możliwości modulacji pracy kotła w zakresie od 30 do 100 % mocy. Uzupełnił, że norma PN EN 303- 5:2012 narzuca zakres badań urządzenia (kotła) w zakresie 30% i 100 % mocy nominalnej.

Uznał, że w przypadku, gdyby zamawiający miał na myśli górny zakres mocy 15 kW, wówczas, zgodnie z wymaganiem normy, badanie mocy obniżonej powinno być przeprowadzone przy mocy 4,5 kW, a nie 5 kW, wobec czego, jeżeli zamawiającemu chodziłoby o dopuszczenie do przetargu tylko kotłów o mocy nominalnej 15 kW to powinien precyzyjnie wpisać moc obniżoną jako 4,5 kW, a nie 5 kW.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający dopuścił interpretację doboru urządzenia, poprzez elektroniczne ograniczenie mocy nominalnej lub też obniżonej.

Wskazał, że precyzyjne dopasowanie kotła przy badaniach certyfikujących celem uzyskania 5 klasy zgodnie z wymaganiami SIWZ (5 - 15 kW) nie jest możliwe – wskazując moc nominalną (100 %) jako 15 kW, wówczas moc obniżona (30 %) powinna mieć wartość 4,5 kW.

Stwierdził, że aby sprostać wymogom SIWZ musiałby ograniczyć moc nominalną (maksymalną) lub podwyższyć moc obniżoną (minimalną).

Uznał, że jego argumentacja wskazuje na błędne zapisy w ekspertyzie oraz niewłaściwą interpretację zapisów oferty odwołującego.

W odniesieniu do palnika MK PRR-AC odwołujący stanął na stanowisku, że biegły opisał charakterystykę, nie dochowując należytej staranności, nie przeanalizował przekroju poprzecznego palnika, gdzie wskazano kąt pochylecia podłogi.

Odwołujący podał, że zgodnie z SIWZ (załącznik 1b - *Projekt budowlano-wykonawczy wymiany źródła ciepła na kocioł grzewczy + C.W.U. wykorzystujący biomase* zestaw 5-15 kW- w pkt 4.1) *„Dla poprawienia efektywności spalania palnika przy niskich obciążeniach, został on wyposażony w skośną podłogę tzn. podłogę stanowiącą dwie płaszczyzny nachylone do siebie pod kątem 135 st., dzięki czemu paliwo usypuje się wzdłuż komory paleniskowej palnika stanowiąc zwarte złożę.”*

Odwołujący podał także, że zamawiający wskazał, iż zgodnie z *„Dokumentacją techniczno-ruchową automatycznych palników na granulaty paliw stałych MK Mikro Energia”* dotyczącą palnika, przedstawioną przez odwołującego w pkt 1.2 podano, że część stała powierzchni rusztowej jest ustawiona pod kątem 135 st., co pozwala na usypywanie się

szlaki; dodatkowo w ww. dokumentacji przedstawiono przekrój poprzeczny palnika MK PRR-AC, który dokumentuje ustawienie części stałej powierzchni rusztowej, przedstawione w dokumentacji techniczno-ruchowej rysunki nie posiadają wymiarów, natomiast kąt pochylenia części stałej powierzchni rusztowej jest wyraźnie wskazany w pkt 1.2 DTR (Dokumentacji Techniczno- Ruchowej).

Odwołujący podniósł, że w ekspertyzie (pkt 2, ad.3) biegły twierdzi, że dokumentacja jest sprzeczna, ponieważ myli zgarniacz szlaki, nazywając go podłogą palnika.

Odwołujący stwierdził, że zaoferowany palnik został wyposażony w zgarniacz szlaki, kształtem odpowiadający kształtowi skośnej podłogi palnika, co wynika z rysunku w DTR pkt 1.4 parametry techniczne.

Podniósł, że zamawiający wymaga, aby kształt zgarniacza szlaki odpowiadał kształtowi podłogi paleniska, ale nie określa jego geometrii, co dla odwołującego jest jednoznaczne z tym, że dopuszczone są wszelkie rozwiązania techniczne, które spełniają powyższy zapis, a czego – wedle odwołującego – nie można uznać za prowadzenie do zakazanych negocjacji.

Uzupełnił, że w zapisach SIWZ nie sprecyzowano powierzchni skośnej podłogi palnika.

Oświadczył, że jego oferta wraz z załączoną dokumentacją wskazuje na jeden typ palnika MK PRR-AC.

Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem zamawiającego z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty, iż zamawiający musi trzymać się sumarycznej mocy grzewczej podanej we wniosku o dofinansowanie, podnosząc że dysponuje pytaniem i odpowiedzią z Oddziału Funduszy Europejskich Departamentu Zarządzania RPO, Urząd Marszałkowski Województwa Lubelskiego, ul. Stefczyka 3B, 20-151 Lublin z 26.02.2018 r., z których wynika: *„Czy wstawienie kotłów o mocy 16 kW (praktycznie pracujących na ustawionej mocy 15 kW) może mieć skutki w rozliczeniu się Gminy z Urzędem Marszałkowskim w Lublinie w zakresie sumarycznej mocy grzewczej przyznanej Gminie, czy też nie ma wpływu na rozliczenia między Gmina a Urzędem Marszałkowskim w zakresie sumarycznej mocy grzewczej przyznanej Gminie”*. *„Nie będzie to miało wpływu na rozliczenie Gminy z Urzędem Marszałkowskim (ważna jest minimalna moc, która jest zachowana (15KW).”*

Podsumował, że stanowisko Urzędu Marszałkowskiego zaprzecza zarzutom stawianym w tym zakresie odwołującemu.

Dodatkowo wskazał, że biegły w ekspertyzie podejmuje ocenę zgodności oferty z SIWZ pod względem formalno-prawnym, podczas gdy powołany został do oceny aspektów technicznych oferty.

Dowody: wydruk ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BIP z 17.11.2017 r., SIWZ, informacja z otwarcia ofert, wezwania zamawiającego z 12.01.2018 r., wyjaśnienia odwołującego z 22.01.2018 r., wezwania zamawiającego z 25.01.2018 r., wyjaśnienia odwołującego z 31.01.2018 r., oświadczenie producenta KEY z 26.01.2018 r., zawiadomienie o odrzuceniu oferty z 22.02.2018 r. na okoliczność złożenia oferty zgodnej z SIWZ.

Do odwołania załączono:

1. wydruk ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BIP z 17.11.2017 r.,
2. SIWZ,
3. informacja z otwarcia ofert,
4. wezwanie z 12.01.2018 r.,
5. wyjaśnienia z 22.01.2018 r.,
6. wezwanie z 25.01.2018 r.,
7. wyjaśnienia z 31.01.2018 r.,
8. instrukcja obsługi regulatora RK-2016 SPGMM,
9. dokumentacja techniczno-ruchowa automatycznych palników na granulaty paliw stałych MK Mikro-Energia,
10. oświadczenie producenta KEY z 26.01.2018 r.,
11. zawiadomienie o odrzuceniu oferty z 22.02.2018 r.,
12. korespondencja z Urzędem Marszałkowskim,
13. umowa konsorcjum,
14. wydruki z CEIDG członków konsorcjum,
15. oryginał pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
16. dowód wniesienia wpisu do KIO w wysokości 15 000 zł,
17. dowód doręczenia odwołania zamawiającemu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 8 marca 2018 roku, w tym:

1. treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) wraz z załącznikami,
2. oferty odwołującego,
3. wezwań kierowanych przez zamawiającego do odwołującego z dnia 12 i 25 stycznia 2018 roku
4. odpowiedzi odwołującego wraz z załącznikami z dnia 22 i 31 stycznia 2018 roku na ww. wezwania zamawiającego,

5. Zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 22 lutego 2018 roku wraz z załączoną ekspertyzą z dnia 12 lutego 2018 roku,

Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 8 marca 2018 roku, złożonej na rozprawie przez odwołującego Opinii z dnia 14 marca 2018 roku, sporządzonej na zlecenie odwołującego przez biegłego sądowego w Zakresie Gazownictwa i Inżynierii Sanitarnej przy Sądzie Okręgowym w Lublinie, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wnoszący odwołanie posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty odwołującego, jej bezpodstawne odrzucenie oferty oznacza, że stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty: bezpodstawnego uznania, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego i: uznania, że złożone wyjaśnienia dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia nie potwierdziły, że oferowany przedmiot zamówienia, tj. kotły nie spełniają podstawowych wymogów dokumentacji projektowej pod względem zakresu mocy, zakresu swojej modulacji oraz uznania, że odwołujący zaoferował dwa różne rozwiązania palników, z których jedno jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, a także uznania, że odwołujący złożył ofertę otwierającą możliwość prowadzenia negocjacji dotyczących treści oferty potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Odwołanie zostało złożone w odniesieniu do części 2 zamówienia, obejmującej m.in. dostawę i montaż 18 szt. kotłów opalanych biomasą z osprzętem o mocy 5-15 kW (pkt 4.2.2. SIWZ).

Opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do kotłów na biomasę, jak podał

zamawiający w pkt. 4.3.2. SIWZ, został zawarty w załączniku nr 1b do SIWZ, tj. w Dokumentacji technicznej kotłów na biomasę (Rozdział 26 – wykaz załączników do SIWZ).

W pkt. 3 załącznika nr 1b podano: *„Instalacja kotła na paliwo stałe pracować będzie na potrzeby centralnego ogrzewania oraz przygotowania ciepłej wody użytkowej w budynku mieszkalnym jednorodzinny o zapotrzebowaniu ciepła na cele grzewcze oraz przygotowania ciepłej wody użytkowej nie przekraczającym 15 kW.”*

W pkt. 4.1. załącznika nr 1b podano: *„Dla poprawienia efektywności spalania paliwa przy niskich obciążeniach, został on wyposażony w skośną podłogę, tzn. podłogę stanowią dwie płaszczyzny nachylone do siebie pod kątem 135 stopni, dzięki czemu paliwo usypuje się wzdłuż komory paleniskowej palnika stanowią zwarte złożę.”*

W opracowanym przez siebie wzorze Formularza ofertowego (Załącznik nr 3 do SIWZ) zamawiający, w odniesieniu do części 2 zamówienia, oczekiwał uzupełnienia tabeli, w tym kolumny *„Producent i model kotła”*. Zamawiający wypełnił natomiast we wzorze kolumnę *„Typ kotła”* – w poz. 1 – wpisując *„Kocioł o mocy 5-15 kW”*.

W pkt. D.8 wzoru Formularza ofertowego zamawiający zastrzegł: *„Porównanie parametrów technicznych kotła – ma być rozpatrywane zgodnie z SIWZ rozdział 8 pkt 8.4; 8.5 a nie na podstawie strony internetowej producenta kotła”*.

Rozdział 8 SIWZ to *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania”*.

Odwołujący zaoferował kotły ZP-H Krzaczek Model SKP BIO 16 kW (str. 3 Formularza ofertowego – tabela, kolumna *„Producent i model kotła”*). W kolumnie *„Typ kotła”* odwołujący powielił treść z opracowanego przez zamawiającego wzoru, tj. *„Kocioł o mocy 5-15 kW”*.

Pismem z dnia 12 stycznia 2018 roku zamawiający zawiadomił odwołującego, iż jego oferta została oceniona najwyżej. Wezwał także odwołującego m.in. do złożenia wskazanych dokumentów *„W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego”*.

Odwołujący, przy piśmie z dnia 22 stycznia 2018 roku, złożył zamawiającemu m.in.:

- Świadectwo Nr OS/560/CUE/18 wydane przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy z Łodzi, potwierdzające, że typoszereg kotłów wodnych SKP BIO z automatycznymi palnikami paliwa MK PRR AC o nominalnych mocach cieplnych 16, 20, 25, 35

i 50 kW, opalany granulatem drewna „pellet” kwalifikuje się do 5 klasy

- Zaświadczenie Ecodesign kotła BIO 16 kW,
- Kartę techniczną kotła SKP BIO 16KW – podana znamionowa moc cieplna kotła SKP BIO – 16 to 16 kW, zakres mocy cieplnej kotła to 4,8-16 kW,
- Oświadczenie producenta – Przedsiębiorstwa Wielobranżowego KEY Zdzisław Kluczek, iż regulatory tego producenta „stosowane do sterowania w kotłach produkowanych przez firmę Krzaczek typ SKP BIO są wyposażone w slot kart mikro SD”.

Pismem z dnia 25 stycznia 2018 roku zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień:

- *„Wykonawca w ofercie zaproponował kocioł o mocy 16 kW. Dokumentacja przetargowa w pkt. 3 mówi wyraźnie, że Zamawiający oczekuje kotła o mocy nie większej niż 15 kW. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ.”*
- *„Przedstawione przez wykonawcę świadectwa badań dla 5 klasy wg PN-EN 303.5 – 2012 potwierdzają, że spełnienie wymaganej przez Zamawiającego sprawności kotłów, ale mówią wyraźnie, że taką sprawność uzyskano z zastosowaniem palników o innej budowie niż oczekiwał zamawiający. W pkt 4.1 dokumentacji przetargowej Zamawiający zawarł wymóg: (...) Cytowane wcześniej świadectwa zawierają informacje, że kotły były badane z palnikami typu MK PRR firmy Mikro Energia <https://> (...). Palniki te nie posiadają skośnej podłogi paleniska palnika, a więc wykonawca przedstawił świadectwa z badań na produkt z palnikiem niespełniającym wymagania SIWZ. Prosimy o wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ.”*

Odwołujący, w piśmie z dnia 31 stycznia 2018 roku:

- oświadczył: *„wszystkie kotły mają możliwość regulacji mocy od 60-100% - zgodnie z Instrukcją obsługi regulatora kotła RK-2016SPGMM – str. 11 – tabela 2 pkt 1.3 tak więc kotły zostaną podczas rozruchu i ustawione na moc 15 kW”*, załączając ww. instrukcję,
- przytaczając uprzednio treść zastrzeżenia D.8 wzoru Formularza ofertowego, oświadczył: *„pomimo tego zastrzeżenia Zamawiający w swoim piśmie powołuje się na stronę internetową firmy MK Mikro Energia – <https://> (...) Zamawiający sam podaje typ palnika typ MK PRR – nie mając takich informacji od Konsorcjum. Palnik MK PRR*

jest palnikiem przemysłowym o mocach 100 do 500 kW. W ofercie jest podany palnik MK PRR AC jest palnikiem małej mocy o mocach 10 – 50 kW w którym część stała powierzchni rusztowej jest ustawiona pod kątem 135° i taki też był badany, co jest zapisane w świadectwie badań.”

Odwołujący do wyjaśnień załączył Dokumentację techniczno-ruchową automatycznych palników na granulaty paliw stałych MK Mikro Energia. Wersja MK PRR-A0C 10 – 50 kW.

Pismem z dnia 22 lutego 2018 roku zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, podając w podsumowaniu, że kotły zaoferowane przez odwołującego „nie spełniają podstawowych wymogów dokumentacji projektowej pod względem zakresu mocy, zakresu swojej modulacji, a wykonawca w ofercie zaoferował dwa różne rozwiązania palników z których jedno jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego”.

W odniesieniu do zakresu mocy zaoferowanych przez odwołującego kotłów oraz zakresu modulacji zamawiający wskazał, że oczekiwał dostawy kotłów o mocy „w zakresie 5 – 15 kW, a więc o modulacji (zakresie automatycznej regulacji) 30-100 % mocy nominalnej (15kW)”, zaś „Konsorcjum potwierdziło możliwość dostawy kotłów o mocy 16 kW, co więcej w swoim wyjaśnieniu z dnia 31.01.2018 r., poinformowało, że kotły mają możliwość regulacji mocy od 60 do 100 %, a nie wymagane przez Zamawiającego 30 – 100 %.”

W odniesieniu do budowy zaoferowanych przez odwołującego palników MK PRR-AC zamawiający stwierdził, że z przedstawionej przez odwołującego dokumentacji „nie wynika jednoznacznie jaka budowę ten palnik posiada – dokumentacja jest sprzeczna. Zapis w pkt 1.2 stanowi, że palnik posiada stałą powierzchnię rusztu nachyloną pod kątem 135 st., natomiast z części rysunkowej „1.4 Parametry techniczne” jednoznacznie wynika, że podłoga palnika jest pozioma (płaska), podobnie jak z kolejnego rysunku „3 budowa palnika”.

Dodatkowo zamawiający podał, że „Sprzeczności w dokumentacji powodują, że treść oferty wskazuje na dwa wykluczające się istotne rozwiązania, z których jedno jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego. W efekcie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłoby do zakazanej negocjacji z wykonawcą, co do zaoferowanego rozwiązania palnika.”

Uzupełnił, że jego stanowisko „potwierdza opinia biegłego powołanego na okoliczność zasięgnięcia opinii z zakresu wiedzy specjalistycznej związanej z przedmiotem zamówienia” Ekspertyza została załączona do zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Niezbędnym dla odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp*) jest wskazanie przez zamawiającego, z jaką treścią SIWZ treść oferty wykonawcy jest sprzeczna.

W Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, w odniesieniu do zakresu mocy kotłów, zamawiający nie wskazał treści SIWZ, z którą treść oferty odwołującego jest sprzeczna, tj. nie wskazał postanowienia SIWZ, iż kotły mają pracować w zakresie 5-15 kW.

Treść SIWZ, z którą treść oferty odwołującego jest sprzeczna została wskazana w załączonej na potwierdzenie stanowiska zamawiającego ekspertyzie – w pkt 1 tej ekspertyzy wskazano *„dokumentacja przetargowa w pkt. 3 mówi wyraźnie, że Zamawiający oczekuje kotła o mocy nie większej niż 15 kW”*). Także w skierowanym do odwołującego wezwaniu z dnia 25 stycznia 2018 roku zamawiający wskazał na dokumentację przetargową pkt 3.

Podkreślić należy, że pomimo wskazania w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty oczekiwania zamawiającego co do zakresu mocy kotła w przedziale 5-15 kW (i wskazania w podsumowaniu, iż kotły odwołującego nie spełniają wymogów pod względem zakresu mocy), zamawiający w ogóle nie zakwestionował dolnego zakresu mocy (tak też w ekspertyzie), co potwierdził na rozprawie (*„Wyjaśnia przy tym, iż fakt zaoferowania przez Odwołującego kotła o mocy minimalnej 4,8 kW, co wynika ze złożonej przez Odwołującego karty technicznej, nie stanowił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego – str. 6 Protokołu rozprawy.”*). Dodatkowo potwierdza to ujęte w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zdanie o treści *„Dopuszczenie przez Zamawiającego kotłów o mocy wyższej niż opisana w dokumentacji przetargowej, może rodzić (...)”*

Odwołujący zaoferował kotły SKP BIO 16 o mocy nominalnej (maksymalnej) 16 kW, wyjaśniając zamawiającemu (pismo z dnia 31 stycznia 2018 roku), że podczas rozruchu kotły zostaną ustawione na moc 15 kW z wykorzystaniem regulatora kotła RK-2016SPGMM.

W toku rozprawy zamawiający stanął na stanowisku, że zastosowane przez odwołującego rozwiązanie (ustawienie na moc 15 kW z wykorzystaniem regulatora) nie zostało dopuszczone w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ brak postanowienia SIWZ, które na zastosowanie takiego rozwiązania by pozwalało (*„Brak takiego przyzwolenia oznacza brak możliwości zaoferowania kotłów o mocy wyższej nominalnej z regulowaną mocą ze skutkiem odrzucenia oferty”* – str. 5 Protokołu rozprawy).

Odwołujący prezentował natomiast stanowisko, że zaoferowanie rozwiązania, polegającego na ustawieniu mocy kotła na 15 kW z wykorzystaniem regulatora było w przedmiotowym postępowaniu możliwe, ponieważ brak postanowienia SIWZ – zakazu zastosowanie takiego rozwiązania (*„Odwołujący stoi na odmiennym niż Zamawiający stanowisku, iż brak zakazu zastosowania rozwiązania ograniczającego moc kotła oznacza możliwość jego zastosowania”* – str. 6 Protokołu rozprawy).

Skład orzekający Izby uznał, że rację ma odwołujący, ponieważ sposób „osiągnięcia mocy 15 kW” nie został przez zamawiającego narzucony, wobec czego przyjąć należy, że zamawiający pozostawił wykonawcom w tym zakresie dowolność.

W konsekwencji stwierdzić należy, że odwołujący mógł zaoferować kotły z regulowaną mocą.

Skład orzekający Izby zauważa dodatkowo, w odniesieniu do wskazywanej przez zamawiającego i eksperta treści SIWZ – pkt 3 załącznika nr 1b, że w punkcie tym zamawiający wcale nie sformułował oczekiwania zaoferowania kotłów o mocy nie większej niż 15 kW, a „jedynie” wskazał, że zapotrzebowanie budynku (centralne ogrzewanie oraz przygotowanie ciepłej wody użytkowej) nie przekracza 15 kW. Nie można jednak na podstawie postanowienia dotyczącego „zapotrzebowania budynku” domniemywać, że tym samym zamawiający ograniczył górny zakres mocy do 15 kW, ponieważ „zapotrzebowanie budynku”, które nie przekracza 15 kW może zostać zrealizowane zarówno „przez kocioł” o mocy 15 kW, jak i wyższej.

W odniesieniu do oczekiwanego zakresu modulacji, tj. 30-100% mocy kotłów stwierdzić należy, że w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający nie wskazał treści SIWZ, z którą treść oferty odwołującego jest sprzeczna, tj. nie wskazał postanowienia SIWZ, że zakres automatycznej regulacji – modulacji ma wynosić 30-100%. Na rozprawie zamawiający potwierdził, że *„nie zawarł wymogu o modulacji w zakresie 30 do 100% mocy nominalnej”* (str. 3 Protokołu rozprawy).

Wobec braku wymagania o zakresie modulacji 30-100% odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu, iż zaoferowane przez niego kotły nie mają takiego zakresu modulacji było nieprawidłowe.

Dodatkowo podnieść należy, że zamawiający nie odniósł się do twierdzenia odwołującego z rozprawy, iż odwołujący zaoferował kocioł lepszy, co do modulacji kotła.

W odniesieniu do zaoferowanych przez odwołującego palników stwierdzić należy, że w złożonym przez odwołującego Świadectwie Nr OS/560/CUE/18 (użycie liczby mnogiej w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2018 roku oraz w ekspertyzie nie jest uzasadnione, ponieważ odwołujący złożył jedno, dwustronicowe świadectwo badań dla 5 klasy, pozostałe dokumenty

to zaświadczenia Ecodesign oraz karta techniczna kotła), wbrew stwierdzeniom z wezwania z dnia 25 stycznia 2018 roku oraz z ekspertyzy, nie podano, iż kotły były badane z palnikami typu MK PRR, ale, że były to palniki paliwa MK PRR AC (str. 2 Świadcstwa: „*Typoszereg kotłów wodnych SKP BIO z automatycznymi palnikami paliwa MK PRR AC.*”).

W konsekwencji wniosek zamawiającego w odniesieniu do palników MK PRR, iż „*palniki te nie posiadają skośnej podłogi paleniska*” pozostawał bez znaczenia dla oceny zgodności palnika zaoferowanego przez odwołującego z wymogiem pkt. 4.1. załącznika nr 1b skoro nie taki palnik wskazano w Świadcstwie i nie taki palnik zaoferował odwołujący. Zamawiający nie podał przy tym, gdzie w ofercie odwołującego lub w złożonych wyjaśnieniach odwołujący oświadczył, że zaoferował kotły z palnikami MK PRR.

Powyższe ustalenie oznacza także, że wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25 stycznia 2018 roku, oparte o błędny wniosek, było zbędne i w istocie w ogóle nie dotyczyło treści oferty odwołującego (nie dotyczyło zaoferowanego, ale innego palnika).

Zamawiający ocenił złożoną przez odwołującego, na wezwanie z dnia 25 stycznia 2018 roku, Dokumentację techniczno-ruchową, doszukując się sprzeczności pomiędzy treścią zawartą w pkt. 1.2. („*(...) Jednak palniki MK PRR-AC rozwiązują ten problem. Część stała powierzchni rusztowej jest ustawiona pod kątem 135°, co pozwala na usypywanie się szlaki.*”) a rysunkami 1.4. (*Parametry techniczne*) i 3 (*Budowa palnika*), z których – wg ustaleń zamawiającego – wynika, że podłoga palnika jest pozioma – płaska.

Zamawiający nie podał, w jaki sposób, na podstawie rysunków: 1.4. i 3, doszedł do wniosku, iż podłoga palnika jest płaska.

Z zestawienia przez zamawiającego informacji z pkt. 1.2. (który, wg zamawiającego, potwierdza wymóg) z rysunkami 1.4. oraz 3 (które, wg zamawiającego, nie potwierdzają wymogu) wynika, że zamawiający uznał, że podłoga to część stała powierzchni rusztowej, ponieważ w odniesieniu do tej części podano, że jest skośna (ustawiona pod żądanym przez zamawiającego kątem 135°).

Skład orzekający Izby stwierdził, że do rysunku 1.4. brak legendy oznaczeń „B”, „C” oraz „D” (jedynych oznaczeń tego rysunku), natomiast oznaczenia te pojawiają się w tabeli opisującej parametry techniczne palników MK PRR-AC. I tak – „B” to oznaczenie „*długości części paleniskowej i części łączącej*”, „C” to „*wysokość części paleniskowej*”, zaś D” to „*szerokość części paleniskowej*”.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że na rysunku 3 oznaczono 8 elementów palnika, które wg legendy oznaczały: 1 Korpus paleniska, 2. Ruszt ruchomy, 3. Grzałka, 4. Napęd wewnętrzny, 5. Układ nadmuchowy (wentylatory), 6. Podajnik wewnętrzny,

7. Fotorezystor, 8. Sterownik.

Na podstawie rozumienia oznaczeń rysunku 1.4., zawartych w ww. tabeli, uznać należy, że rysunek nie został opracowany dla celów innych niż zaznaczenie części paleniskowej, dla której w tabeli podano wysokość i szerokość oraz zaznaczenie części paleniskowej i części łączącej, dla których w tabeli podano długość.

W ocenie składu orzekającego Izby odczytywanie z rysunku innych informacji niż te, dla których rysunek opracowano jest nieuzasadnione i stanowi nadinterpretację rysunku – precyzja rysunku, zaznaczenie detali są dostosowane do celu jakiego rysunek ma służyć. Takiej nadinterpretacji rysunku 1.4. dokonał zamawiający, uznając na jego podstawie, że podłoga palnika jest płaska. Na rysunku nie zaznaczono nawet podłogi paleniska, wobec czego na jego podstawie tym bardziej nie można pozyskać wiarygodnych informacji co do tego, jaka ta podłoga jest (płaska czy skośna). Brak takiego oznaczenia nie pozwala na przyjęcie, że element płaski, który dostrzegł zamawiający to rzeczywiście podłoga.

W ocenie składu orzekającego Izby także rysunek 3. nie był właściwy dla oceny, jaka jest podłoga paleniska, ponieważ także w tym przypadku żadne z oznaczeń nie wskazywało na podłogę paleniska. Innymi słowy rysunek 3 był właściwy dla pozyskania informacji co do 8 elementów budowy palnika, wśród których brak „podłogi paleniska”. Dostrzec nadto należy, że na rysunku 3 numerem 2 oznaczono „*ruszt ruchomy*”, natomiast w pkt. 1.2 mowa „*o części stałej powierzchni rusztowej*”.

Na podstawie powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wniosek zamawiającego, iż z rysunków 1.4. oraz 3 wynika, że podłoga paleniska jest płaska nie był uzasadniony, a w konsekwencji, że brak jest sprzeczności pomiędzy informacją z pkt. 1.2. a ww. rysunkami.

Skoro brak było podstaw do uznania, że – w zakresie podłogi paleniska – zachodzi sprzeczność, a zamawiający uznał, na podstawie informacji z pkt. 1.2., że podłoga jest skośna, to stwierdzić należy, że odwołujący wykazał, że podłoga paleniska zaoferowanych kotłów jest zgodna z oczekiwaniem zamawiającego, aby była skośna („*pod kątem 135 stopni*” jak w pkt. 4.1. Załącznika nr 1b do SIWZ).

W dalszej konsekwencji uznać należało, że bezpodstawne były wnioski zamawiającego, iż odwołujący zaoferował „*dwa wykluczające się istotne rozwiązania*” – odwołujący zaoferował rozwiązanie opisane w pkt. 1.2., które było zgodne z oczekiwaniem zamawiającego.

Złożoną na rozprawie przez odwołującego Opinię z dnia 14 marca 2018 roku, sporządzoną na zlecenie odwołującego przez biegłego sądowego w Zakresie Gazownictwa i Inżynierii Sanitarnej przy Sądzie Okręgowym w Lublinie na potwierdzenie, iż oferta jest zgodna z warunkami wskazanymi w SIWZ (prawidłowość doboru mocy kotła, zgodność

zastosowanego palnika) skład orzekający Izby uznał za stanowisko odwołującego.

Skład orzekający Izby nie dopuścił opinii biegłego z zakresu instalacji sanitarnych na okoliczność, iż oferta jest zgodna z warunkami SIWZ wskazanymi przez zamawiającego pod względem wszystkich wymogów SIWZ wskazanych w tym w szczególności: prawidłowości doboru mocy kotła SKP BIO 16 do wymogów SIWZ oraz zgodność zastosowanego palnika MK PRR-AC w kotle SKP BIO 16 z wymogami SIWZ, ponieważ okoliczności te wynikały ze złożonych przez odwołującego dokumentów na wezwania zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego.

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

Przewodniczący: