Sygn. akt: KIO 144/19

WYROK
z dnia 8 lutego 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019 roku przez wykonawcę **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. K. DAJK P.H.U. z siedzibą w Lublinie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Łaziska z siedzibą w Łaziskach**

przy udziale:

wykonawcy **Solartime Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 144/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża **wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. K. DAJK P.H.U. z siedzibą w Lublinie** i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. K. DAJK P.H.U. z siedzibą w Lublinie**

2.2.zasądza od wykonawcy **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. K. DAJK P.H.U z siedzibą w Lublinie**, na rzecz Zamawiającego **Gminy Łaziska z siedzibą w Łaziskach** kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 144/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łaziska z siedzibą w Łaziskach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Dostawa i montaż instalacji solarnych w Gminie Łaziska". Postępowanie prowadzone jest pod nadanym przez Zamawiającego numerem referencyjnym PPI.271.7.2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2018 r. pod numerem 2018/S 203-461780. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwaną dalej „ustawą" lub „Pzp". Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem procedury, o której mowa w art. 24aa Pzp.

W dniu 28 stycznia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. K. DAJK P.H.U. z siedzibą w Lublinie (zwany dalej Odwołującym) od niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SWIZ), ponieważ nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących łącznej mocy zainstalowanej minimalnej wszystkich zestawów kolektorów słonecznych (1,9 MW), podczas gdy zaoferowany przez Odwołującego zestaw kolektorów słonecznych posiada moc zainstalowaną minimalną na poziomie 2 MW, a tym samym spełnia wymagania SIWZ;

2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wyprowadzenie z treści SIWZ (w części dot. opisu przedmiotu zamówienia) wymogu, który nie został w niej wskazany, tj. obowiązku wyliczenia mocy zainstalowanej minimalnej kolektorów przy różnicy temperatur dT=30K, oraz dokonanie oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem tego wymogu.

W konsekwencji powyższego Odwołujący wniósł o:
1.uwzględnienie odwołania;
2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3.nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert;
4.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.
W sytuacji, gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp - nie odrzuciłby oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, jego oferta zostałaby sklasyfikowana jako pierwsza w rankingu ofert, zaś on sam - jako podmiot spełniający warunki udziału
w postępowaniu oraz niepodlegający wykluczeniu - uzyskałby przedmiotowe zamówienie.
W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następującą argumentację:

Zgodnie z treścią SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje m.in.:
3.2.1. dostawę i montaż w oparciu o posiadaną dokumentację techniczną zestawu kolektorów do przygotowywania c.w.u. waz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu.
W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia 444 instalacji składających się z dwóch kolektorów (do 5 użytkowników instalacji) oraz 128 instalacji składających się z trzech kolektorów (powyżej 5 użytkowników instalacji).

Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia stanowi załącznik
nr 1 - dokumentacja techniczna oraz załącznik nr 2 - wzór umowy.
Zasadniczą część dokumentacji technicznej stanowi opracowany w czerwcu 2016 r. projekt budowlano-wykonawczy - w wersji do 5 użytkowników instalacji oraz w wersji powyżej 5 użytkowników instalacji *(z* uwagi na fakt, że w zakresie istotnym dla zarzutów odwołania treść obydwu projektów jest jednakowa, w dalszej części pisma Odwołujący traktuje w/w projekty jako jedno opracowanie).
Zgodnie z treścią projektu parametr w postaci mocy zainstalowanej instalacji, na który Zamawiający wskazał w pkt. 3.1 SIWZ, powinien zostać obliczony w następujący sposób:

$Q_k = n \cdot G \cdot \eta_o \cdot A$

gdzie:
n - ilość kolektorów
G - natężenie promieniowania słonecznego (założono G = 1000 [W/m2)
η_o *- sprawność optyczna kolektora*
A - powierzchnia apertury

Z podanych w projekcie parametrów (str. 9-10 projektu „do 5 osób" i str. 10 projektu „powyżej 5 osób") wynika, że wskazany przez Zamawiającego produkt referencyjny to kolektor Hewalex KS2100 TLP ACR. Niezależnie od przedstawionych parametrów, w szczególności przyjętej powierzchni apertury A = 1,82 [m^2] oraz sprawności optycznej kolektora ηo = 82,7 %, w/w produkt identyfikują użyte w opisie oznaczenia: *TLP AC, TLP ACR,*właściwe dla produktu producenta HEWALEX Sp. z o. o. Sp. k. Mając na uwadze fakt, że wskazany produkt został uznany za referencyjny, należy stwierdzić, że osiągane przez niego parametry mocy minimalnej gwarantują osiągnięcie wymaganej w treści SIWZ minimalnej mocy zainstalowanej wszystkich instalacji - 1,9 MW. Gdyby kolektor, który został dobrany przez Zamawiającego jako produkt referencyjny, nie spełniał wymagań SIWZ, to niewątpliwie nie zostałby wskazany w opisie przedmiotu zamówienia. Potwierdzają to obliczenia, które zostały zawarte w projekcie. Zgodnie z nimi całkowita uzyskana przy zastosowaniu referencyjnego kolektora Hewalex KS2100 TLP ACR moc zainstalowana wszystkich instalacji wynosi:

Qk = 2 · 1000 · 0,827 · 1,82 = 3,01 [kW] (zestaw 2 kolektorów -do 5 osób)

Qk = 3 · 1000 · 0,827 · 1,82 = 4,51 [kW] (zestaw 3 kolektorów - powyżej 5 osób)

Moc całkowita całej instalacji = 444 • 3,01 kW **+** *128 • 4,51 kW = 1336,44 kW* **+** *577,28 kW* ***= 1,91 MW.***

Niezależnie od treści opisu przedmiotu zamówienia oraz zawartego w nim wymogu,
by zaoferowane kolektory (cała instalacja) osiągały moc zainstalowaną minimalną na poziomie 1,9 MW, Zamawiający, oprócz ceny (60 %) oraz czasu reakcji serwisowej (20 %), ustalił dodatkowe kryterium oceny ofert w postaci mocy jednostkowej kolektora słonecznego (20 %).
Zgodnie z treścią SIWZ (pkt 17.3) na potrzeby ustalenia punktacji w w/w kryterium moc jednostkowa kolektora

słonecznego miała zostać obliczona w następujący sposób:

P = Pb/Pmax x 20 pkt

Gdzie:

Pb -moc jednostkowa z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora słonecznego z oferty badanej, wyrażona w W/m2 powierzchni czynnej, ***dla różnicy temperatury dT*** *=* ***30K*** *oraz nasłonecznienia G = 1000 W/m2,*

Pmax - najwyższa moc jednostkowa z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora słonecznego spośród ofert nieodrzuconych, wyrażona w W/m2 powierzchni czynnej, ***dla różnicy temperatury dT - 30K*** *oraz nasłonecznienia G = 1000 W/m2.*

Wynika stąd, że dla obliczenia - na potrzeby kryterium oceny ofert - parametru w postaci mocy jednostkowej kolektora należało przyjąć różnicę temperatur na poziomie dT = 30K. Już w tym miejscu należy zauważyć, że analogicznego wymogu, polegającego na przyjęciu do obliczeń łącznej mocy zainstalowanej instalacji różnicy temperatur na poziomie dT = 30K, nie zawierała dokumentacja projektowa (wzór, który został podany w projekcie, nie posługuje się wartością różnicy temperatur, lecz powierzchnią apertury i sprawności optycznej kolektora). Zamawiający wymagał zatem, by inaczej obliczyć moc kolektora na potrzeby ustalenia mocy całej instalacji, a inaczej (przy użyciu parametru różnicy temperatury) na potrzeby kryterium mocy jednostkowej.

II. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący złożył ofertę, której przedmiotem jest dostarczenie i montaż kolektorów GALMET KSG 21 GT. Podana przez Odwołującego na potrzeby kryterium oceny ofert moc jednostkowa kolektora słonecznego wynosi 700,52 W/m^2. Odwołujący wyliczył tę wartość zgodnie z wytycznymi SIWZ (17.3), tj. jako moc jednostkową z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora słonecznego wyrażoną w W/m^2 powierzchni czynnej,

dla różnicy temperatury dT = 30K oraz nasłonecznienia G = 1000 W/m^2:

1359 W / 1,94 m^2 = 700,52 W/m2

gdzie:

1359 W - moc kolektora przy różnicy temperatur dt = 30 K oraz nasłonecznienia G = 1000 W/m^2

1,94 m^2 - powierzchnia apertury

Natomiast całkowitą moc zainstalowaną, która zgodnie z treścią SIWZ powinna wynosić minimalnie 1,9 MW, Odwołujący obliczył zgodnie z wzorem przedstawionym w dokumentacji technicznej:

$Q_k = 2 \cdot 1000 \cdot 0,829 \cdot 1,94 = 3,21$ ***[kW]*** *(zestaw 2 kolektorów- do 5 osób)*

$Q_k = 3 \cdot 1000 \cdot 0,829 \cdot 1,94 = 4,82$ ***[kW]*** *(zestaw 3 kolektorów - powyżej 5 osób)*

Moc całkowita całej instalacji = 444 •3,27 kW + 128 • 4,82 kW = 1425,24 kW + 616,96 kW = 2,04 ***MW***

Pismem z dnia 17 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Zdaniem Zamawiającego *oferta nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących mocy minimalnej wszystkich zestawów kolektorów słonecznych.* Dodatkowo Zamawiający wskazał:

„(…) W dokumentacji technicznej, dodatkowo wyjaśnionej w związku z udzielonymi wyjaśnieniami w dniach 23.11.2018 r, 27.11.2018 r. oraz 03.12.2018 r., Zamawiający wskazał, że moc kolektora powinna zostać wyliczona dla różnicy temperatur dT = 30K.

W trakcie oceny złożonych ofert ustalono, że w ofercie nr 1 złożonej przez DAJK P.H. U. M. K., wyliczenia dla mocy maksymalnej zostały przygotowane przy różnicy temperatur dT = 0K a nie dT = 30K (jak wymagał Zamawiający). Powyższe spowodowało, że oferta na zaoferowane kolektory nie osiąga wymaganej mocy minimalnej 1,9 MW przy różnicy temperatur dT = 30K, co jest niezgodne z wymogami technicznymi opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaoferowane kolektory słoneczne osiągają moc minimalną wynoszącą 1,9 MW jedynie przy różnicy temperatur dT = 0K, co stoi w sprzeczności z dokumentacją techniczną z dodatkowymi wyjaśnieniami/odpowiedziami udzielonymi w przedmiotowym postępowaniu.

Wbrew stanowisku, które zostało zawarte w piśmie z dnia 17 stycznia 2019 r., oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ. Czynność odrzucenia oferty została oparta na błędnym założeniu, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w treści dokumentacji technicznej (wyjaśnionej w dniach 23.11.2018 r., 27.11.2018 r. oraz 03.12.2018) wymagał, by moc zainstalowana (łączna moc wszystkich kolektorów) została obliczona dla różnicy temperatur dT = 30 K.

Obowiązek przyjęcia do obliczeń różnicy temperatur na poziomie dT = 30 K został przez Zamawiającego zawarty wyłącznie w treści opisu kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty (17.3) - kryterium mocy jednostkowej kolektora słonecznego, a nie mocy zainstalowanej całej instalacji, która zgodnie z treścią opisu przedmiotu powinna wynosić nie mniej niż 1,9 MW i która powinna zostać obliczona w sposób wskazany w dokumentacji technicznej (str. 9 obydwu projektów).

Żadne z postanowień załączonej do SIWZ dokumentacji technicznej (projektów budowlano- wykonawczych) nie wskazuje, że w celu obliczenia całkowitej mocy zainstalowanej kolektorów wykonawca jest zobowiązany do przyjęcia różnicy temperatur na poziomie dT = 30 K. Znamiennym jest również to, że sam Zamawiający - dokonując odrzucenia oferty Odwołującego - nie wskazał konkretnie z którego postanowienia dokumentacji technicznej wywodzi w/w obowiązek. Należy przy tym ponownie zauważyć, że w treści dokumentacji technicznej Zamawiający zawarł odrębny wzór, za pomocą którego należy obliczyć całkowitą moc zainstalowaną:

$$Qk = n \cdot G \cdot \eta o \cdot A$$

gdzie:

n - ilość kolektorów

G - natężenie promieniowania słonecznego (założono G =1000 [W/m2])

η_0 - sprawność optyczna kolektora

A - powierzchnia apertury

- w którym to wzorze nie używa się parametru różnicy temperatur, lecz parametrów powierzchni apertury i sprawności optycznej kolektora. Z treści SIWZ wynikało, że posłużenie się tą wartością (różnicą temperatur) było przez Zamawiającego wymagane jedynie do wyliczenia mocy jednostkowej kolektora na potrzeby kryterium oceny ofert.

W tym miejscu należy przypomnieć, że jako produkt referencyjny (zgodny
z oczekiwaniami Zamawiającego) w treści dokumentacji technicznej wskazano kolektor Hewalex KS2100 TLP ACR. Analizując parametry tego kolektora, a w szczególności osiąganą przez niego moc przy różnicy temperatur na poziomie dT = 0 K (1505 W) oraz na poziomie dT = 30 K (1295 W), należy dojść do wniosku, że gdyby SIWZ rzeczywiście zawierała wymóg, by w celu obliczenia mocy zainstalowanej całej instalacji wykonawca przyjął różnicę temperatur na poziomie dT = 30 K, to wskazany przez Zamawiającego w dokumentacji produkt referencyjny - kolektor Hewalex KS2100 TLP ACR - byłby niezgodny z treścią SIWZ. Tym samym wszelkie oferty, których przedmiotem byłoby dostarczenie w/w urządzeń (referencyjnych), powinny zostać odrzucone na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
Przyjmując, że do obliczeń należałoby przyjąć różnicę temperatur na poziomie dT = 30 K, instalacja oparta o referencyjny kolektor Hewalex KS2100 TLP ACR cechowałaby się następującą całkowitą mocą zainstalowaną:

(444 • 2 + 128 • 3)1295 W = 1,65 MW

Wynika z tego, że całkowita moc zainstalowana nie tylko nie spełniałaby wymogów SIWZ (minimum 1,9 MW), ale byłaby również niższa niż liczona w ten sposób moc instalacji zaoferowanej przez Odwołującego. Powyższe w ocenie Odwołującego świadczy o tym,
że badanie oferty z perspektywy osiągnięcia przez oferowaną instalację mocy minimalnej
(1,9 MW) powinno nastąpić za pomocą wzoru przedstawionego w dokumentacji technicznej, a nie tego, który został powołany jedynie w części dot. punktacji oferty w kryterium „Moc jednostkowa kolektora słonecznego".

Po raz kolejny należy wskazać, że przyjęcie argumentacji Zamawiającego powodowałoby niezgodność z treścią SIWZ urządzenia, które sam opisał jako referencyjne. Pomijając to, że w/w działanie powinno zostać zakwalifikowane jako rażące naruszenie ustawy, które skutkuje wprowadzeniem wykonawców w błąd, to analizując tę kwestię
z perspektywy zasad logicznego rozumowania i dążenia Zamawiającego do spełnienia istniejących po jego stronie potrzeb, należy stwierdzić, że byłoby to działanie całkowicie nieracjonalne.

Z treści SIWZ wynika bowiem jednoznacznie, że Zamawiający traktuje urządzenie opisane w dokumentacji technicznej jako referencyjne - spełniające wymogi opisu przedmiotu zamówienia:
„3.8.2. W przypadku, gdy w SIWZ lub załącznikach zostały użyte znaki towarowe, oznacza
*to, że są podane przykładowo i określają jedynie **minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard**. Wykonawca może zastosować materiały*
lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych
lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej".
W niniejszym przypadku mamy do czynienia z pośrednim wskazaniem przez Zamawiającego na urządzenie Hewalex KS2100 TLP ACR, które - zgodnie z w/w postanowieniem SIWZ - określa *minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard*. Skoro zatem instalacja oparta o w/w kolektor spełnia oczekiwane przez Zamawiającego

parametry jakościowe oraz wymagany standard, to uzyskana przez nią całkowita moc zainstalowana musiała zostać obliczona za pomocą wzoru wskazanego w dokumentacji technicznej (bez odwoływania się do parametru różnicy temperatur na poziomie dT = 30 K. na która wskazano wyłącznie w części SIWZ dot. kryteriów oceny ofert). W przeciwnym razie instalacja opisana w dokumentacji technicznej byłaby jednocześnie niezgodna z wymaganiami Zamawiającego - opisem przedmiotu zamówienia, który sama stanowi.

Odnosząc się zaś do podanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego okoliczności, że wymóg, by moc kolektora - na potrzeby ustalenia łącznej mocy zainstalowanej - została obliczona dla różnicy temperatur dT = 30 K wynikał również z treści udzielonych przez Zamawiającego w dniach 23, 27 listopada oraz 3 grudnia 2018 r. wyjaśnień, należy zauważyć, że podobnie jak w przypadku odwołania się w treści uzasadnienia do dokumentacji technicznej Zamawiający również w tym miejscu w żaden sposób nie wskazuje, w którym konkretnie dniu i w odpowiedzi na jakie pytanie stwierdził,

by w/w parametr miał zostać obliczony odmiennie niż zostało to przedstawione w treści projektu.

Dokonując analizy udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi koniecznym jest wskazać, że kwestii obliczenia łącznej mocy zainstalowanej dotyczyło wyłącznie pytanie nr 1, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 27 listopada 2018 r.:

„Zamawiający opisuje: przedmiotem zamówienia jest kompleksowa dostawa wraz
z montażem 572 instalacji kolektorów słonecznych o mocy zainstalowanej minimalnej 1,9 MW lecz mniejszej niż 2 MW prosimy o potwierdzenie, że powyższy zapis należy traktować jako parametr minimalny zrealizowany przy różnicy temperatur minimum 30K.

Odpowiedź:

Wyjaśniamy, iż zapis o maksymalnej mocy instalacji nie ogranicza konkurencyjności, gdyż zgodnie z dokumentacją techniczną podane parametry są parametrami minimalnymi.
Tak należy również rozumieć moc kolektora przy róż- nicy temperatur 30 K. Zapis o mocy max wynika z zapisów konkursu, a jego nie spełnienie może w przyszłości skutkować korektami. Właściwa interpretacja tego zapisu powoduje, iż wszystkie kolektory, które przy co najmniej 30K spełniają wymagania mocy są dopuszczone do udziału w postępowaniu. Podniesiony zarzut jest więc całkowicie bezzasadny Jednocześnie zwracamy uwagę,
iż do oceny mocy na m2 Wykonawca ma wpisać moc kolektora przy 30K. Ważnym jest też by nie dokonywać przewymiarowania instalacji - brak maksymalnej mocy nie oznacza,
że nie musi ona odpowiadać zapotrzebowaniu na energię cieplną."

Po pierwsze - odpowiedź Zamawiającego dotyczyła przede wszystkim kwestii podanego
w treści SIWZ wymogu, by łączna zainstalowana moc nie przekraczała 2 MW, o czym świadczy zdanie:*„Wyjaśniamy, iż zapis o maksymalnej mocy instalacji nie ogranicza konkurencyjności, gdyż zgodnie z dokumentacją techniczną podane parametry*
są parametrami minimalnymi."

Po drugie - zdania *„Tak należy również rozumieć moc kolektora przy różnicy temperatur 30 K."* nie należy rozumieć w ten sposób, że wynika z niego, by wykonawcy zostali, wbrew treści dokumentacji technicznej, zobowiązani do obliczenia łącznej mocy instalacji przy różnicy temperatur dT = 30 K. Uwagę zwraca przy tym fakt, że Zamawiający wyraźnie odniósł się do jednostkowej mocy *kolektora,* która miała znaczenie jedynie z perspektywy kryteriów oceny ofert, a nie do łącznej mocy *kolektorów*, branej pod uwagę z perspektywy wymogu całkowitej minimalnej mocy zainstalowanej. Jednocześnie nawet gdyby z jakichś względów uznać, że odpowiadając na w/w pytanie Zamawiający zamierzał wyjaśnić zawarty
w dokumentacji technicznej sposób obliczenia łącznej mocy zainstalowanej w sposób, który doprowadziłby tak naprawdę do jego zasadniczej zmiany, to - biorąc pod uwagę treść całej odpowiedzi - nie powinno ulegać wątpliwości, że nie zostało to wyartykułowane w sposób jasny i zrozumiały, a wyłącznie takie postanowienie SIWZ (w tym przypadku opisu przedmiotu zamówienia) może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Po trzecie - udzielając odpowiedzi na pytanie Zamawiający stwierdził: *„Jednocześnie zwracamy uwagę, iż* ***do oceny mocy na m^2*** *Wykonawca ma wpisać moc kolektora przy 30K,"* Wynika stąd, że Zamawiający odwołał się w tym względzie do kryterium oceny ofert, które stanowiła moc jednostkowa kolektora z metra kwadratowego powierzchni czynnej. Gdyby, jak twierdzi obecnie, treść SIWZ rzeczywiście należałoby interpretować w ten sposób, że różnica temperatur dT = 30 K powinna była zostać uwzględniona zarówno przy ustaleniu punktacji ofert, jak i osiągnięcia wymaganej minimalnej mocy całej instalacji, to Zamawiający

nie podkreślałby w treści odpowiedzi, że to *do oceny mocy na m^2* wykonawcy powinni przyjąć różnicę temperatur dT = 30 K. Z treści tego zdania wynika pośrednio, że łączna moc zainstalowana kolektorów powinna zostać wyliczona inaczej.

W ocenie Odwołującego -
w sposób wskazany w dokumentacji technicznej.
Temu, że z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi nie wynika, by wykonawcy zostali zobowiązani do obliczenia łącznej mocy zainstalowanej kolektorów w sposób wskazany
w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, przeczy również przywołana w odwołaniu okoliczność, że taka interpretacja wyjaśnień prowadziłaby do niezgodności z treścią SIWZ wskazanego przez Zamawiającego urządzenia referencyjnego (Hewalex KS2100 TLP ACR).
Podsumowując należy stwierdzić, że z żadnego postanowienia SIWZ - w tym z treści udzielonych wyjaśnień - nie wynika, by wykonawcy byli zobowiązani do obliczenia łącznej mocy zainstalowanej kolektorów przy różnicy temperatur dT = 30 K. W ocenie Odwołującego przedmiotowy parametr powinien był zostać obliczony za pomocą wzoru, który Zamawiający wskazał w dokumentacji technicznej. Wyłącznie ten sposób obliczeń powoduje, że dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia może zostać uznany za zgodny z ustawą, zaś Zamawiający, w sposób racjonalny, poprzez udzielenie zamówienia dąży do spełnienia istniejących po jego stronie potrzeb. Zaprezentowana przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego argumentacja prowadzi w istocie
do wewnętrznej sprzeczności treści opisu przedmiotu zamówienia, w której powołane przez niego urządzenie referencyjne jest niezgodne z SIWZ.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO") Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność ta ma charakter jednoznaczny - zostaje stwierdzona na podstawie konkretnego i precyzyjnego postanowienia SIWZ. Jednocześnie wszelkie wątpliwości, które mogą wynikać z treści opisu przedmiotu zamówienia, należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Odrzucanie oferty wykonawcy na podstawie przesłanek, które nie zostały jednoznacznie wskazane w treści SIWZ, stanowi również przejaw naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców:

- *„Tym niemniej zawsze należy wykazać na czym konkretnie ta niezgodność polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje,* ***w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ,*** *dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia, ewentualnie również*
  z uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami i wyjaśnieniami zamawiającego." (wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2018 r., sygn. KIO 2736/17)
- *„Zamawiający nie może obciążać wykonawców negatywnymi skutkami nieprecyzyjnych, ogólnych, czy wadliwych sformułowań SIWZ w części odnoszącej się do istotnego elementu, jakim są jego wymagania i oczekiwania co do przedmiotu zamówienia"* (wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 10 października 2007 r., sygn. UZP/ZO/O- 1202/07)

- *„Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, gdy z danego postanowienia SIWZ można wywieść więcej niż jedno logiczne, zgodne zasadami gramatyki i składni jego rozumienie, należy je zaakceptować i nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu niegodności z treścią SIWZ. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji sformułowań SIWZ, ponieważ nie mają oni obowiązku ustalać, co było intencją Zamawiającego, o ile ta intencja nie została jasno i czytelnie wyrażona."* (wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r., sygn. KIO 2154/11)
- *„Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady,*
  iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte
  w postanowieniach SIWZ, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających
  się o udzielenie zamówienia" (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. KIO 643/12)
- *„Wykonawcy nie mogą bowiem, w wykonaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia snuć domysłów ani dokonywać dedukcji celem ustalenia intencji Zamawiającego. (...) Jeśli zatem Zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej przez Niego specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności. W przeciwnym bowiem wypadku skutkami nieprecyzyjnego opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dającego możliwości naprawienia zostaliby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji Zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę."* (wyrok KIO z dnia 28 marca 2014 r., sygn. KIO 473/14).

Żadne z postanowień SIWZ nie zawiera jasnego i konkretnego wymogu, który nakazywałby obliczenie łącznej mocy zainstalowanej kolektorów przy użyciu wzoru podanego na potrzeby kryterium oceny ofert - mocy jednostkowej kolektora, a nie w sposób, który został użyty przez Zamawiającego w dokumentacji technicznej. Dodatkowo działanie Zamawiającego, które ujawniło się w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, powinno zostać również zakwalifikowane

jako naruszenie zasady obowiązku prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Zamawiający wyprowadził z treści SIWZ wymóg, który nie został w niej wskazany, tj. obowiązek wyliczenia mocy zainstalowanej minimalnej kolektorów przy różnicy temperatur dT=30K. Został on również ujawniony *post factum*
- po upływie terminu składania ofert.
Jak wskazano w treści odwołania nie można również zgodzić się z twierdzeniem,
że ten wymóg wynikał z treści wyjaśnień z dnia 27 listopada 2018 r.

Istotnym przy tym jest fakt, że czym innym jest wyjaśnienie treści SIWZ, a czym innym zmiana jej treści. Gdyby odpowiedź, której Zamawiający udzielił w dniu 27 listopada 2018 r., interpretować w ten sposób, że na jej podstawie wykonawcy zostali zobowiązani do obliczenia całkowitej zainstalowanej mocy kolektorów inaczej, niż zostało to wskazane w dokumentacji technicznej, to byłaby to jej istotna zmiana, a nie wyjaśnienie, do którego Zamawiający odwołał się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Z tego względu z treści odpowiedzi Zamawiającego nie można wyprowadzić wymogu niezawartego w treści SIWZ, który stanowił przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z orzecznictwem KIO wyjaśnienia nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ:

„Wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust. 2 ustawy, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ, w tym przypadku wyeliminowania możliwości stosowania urządzenia dopuszczonego pierwotnie, jako dowolne elementy, ewentualnie inne urządzenia (wyrok KIO z dnia 6 maja 2011 r., KIO 836/11).

„Dodanie w wyjaśnieniach do SIWZ iż obudowa kolektorów może być również oprócz tworzywa sztucznego wykonana ze stali nierdzewnej nie może być uznana za wyjaśnienie lecz zmianę postanowień SIWZ. Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości zastosowania stali nierdzewnej nie jest wyjaśnieniem lecz zmianą SIWZ która winna powodować zmianę jego postanowień." (wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r., sygn. KIO 545/11)

„Na tym tle należy wyrazić pogląd, że częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia
nie pozostawiają wątpliwości, co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ" (wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2593/14).

Dnia 31 stycznia 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawca Solartime Sp. o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania,
na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła
i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. dalej: „Pzp"
lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 stycznia 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 17 stycznia 2019 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przez wykonawcę Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego
w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron
i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną
do akt sprawy, dowody złożone na rozprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – Gmina Łaziska prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie „Dostawa i montaż instalacji solarnych w Gminie Łaziska".

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia – pkt 3 SIWZ:

3.1.Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa dostawa wraz z montażem 572 instalacji kolektorów słonecznych o mocy zainstalowanej minimalnej 1,9 MW lecz mniejszej niż 2 MW realizowana w ramach projektu „Zakup i montaż kolektorów słonecznych w Gminie Łaziska". Zamówienie jest współfinansowane ze środków UE w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej IV, Działanie – Energia przyjazna środowisku 4.1 Wsparcie wykorzystania OZE.

3.2.(…)

3.3.Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 – dokumentacja techniczna oraz Załącznik nr 2 – wzór umowy.

Elementem dokumentacji technicznej był Projekt Budowlano-Wykonawcy, w którym w pkt

3.2.6. Obliczenia mocy zainstalowanej instalacji wskazano następujący zwór:

Qk=n·G·ηo· A

gdzie:

n- ilość kolektorów n=2

G- natężenie promieniowania słonecznego założono G=1000 [ ]

ηo- sprawność optyczna kolektora – ηo = 82 ,7%

A- powierzchnia apertury A=1, 82 [m2]

Jednym z kryteriów oceny ofert była „Moc jednostkowa kolektora słonecznego", za którą wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 20 pkt

Zamawiający opisał w SIWZ pkt 17.3, iż punkty za kryterium „Moc jednostkowa kolektora słonecznego - P" będą obliczane według wzoru:

P = Pb / Pmax x 20 pkt

Gdzie:

Pb – moc jednostkowa z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora słonecznego z oferty badanej, wyrażona w W/m2 powierzchni czynnej, dla różnicy temperatury dT = 30K oraz nasłonecznienia G = 1000 W/m2,

Pmax – najwyższa moc jednostkowa z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora słonecznego spośród ofert nieodrzuconych, wyrażona w W/m2 powierzchni czynnej, dla różnicy temperatury dT = 30K oraz nasłonecznienia G = 1000 W/m2.

W kryterium „Moc jednostkowa kolektora słonecznego - P", oferta z najwyższą mocą jednostkową z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora słonecznego spośród ofert nieodrzuconych, wyrażona w W/m2 powierzchni czynnej, dla różnicy temperatury dT = 30K oraz nasłonecznienia G = 1000 W/m2 otrzyma 20 punktów, a pozostałe oferty

po matematycznym przeliczeniu w odniesieniu do najniższej mocy odpowiednio mniej. Końcowy wynik powyższego działania zostanie zaokrąglony matematycznie do dwóch miejsc po przecinku.

Dnia 05 listopada 2018 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej (na której zamieszczona została dokumentacja postepowania) tekst jednolity SIWZ. Na pierwszej stronie, specyfikacja została opatrzona zapisem: „Wykonawcy pobierający SIWZ ze strony

związani są wszelkimi zmianami

i wyjaśnieniami do SIWZ zamieszczonymi na stronie internetowej Gminy.

W dniach 23 i 27 listopada 2018 roku oraz 3 grudnia 2018 roku Zamawiający zamieścił na stronie internetowej pytanie wykonawców do treści SIWZ wraz z udzielonymi odpowiedziami.

W odpowiedziach z dnia 27 listopada 2018 roku na pytanie wykonawcy Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Pytanie wykonawcy:

Zamawiający opisuje: przedmiotem zamówienia jest kompleksowa dostawa wraz z montażem 572 instalacji kolektorów słonecznych o mocy zainstalowanej minimalnej 1,9 MW lecz mniejszej niż 2 MW prosimy o potwierdzenie, że powyższy zapis należy traktować jako parametr minimalny zrealizowany przy różnicy temperatur minimum 30K.

Odpowiedź Zamawiającego:

Wyjaśniamy, iż zapis o maksymalnej mocy instalacji nie ogranicza konkurencyjności, gdyż zgodnie z dokumentacją techniczną podane parametry są parametrami minimalnymi.

Tak należy również rozumieć moc kolektora przy róż- nicy temperatur 30 K. Zapis o mocy max wynika z zapisów konkursu, a jego nie spełnienie może w przyszłości skutkować korektami. Właściwa interpretacja tego zapisu powoduje, iż wszystkie kolektory, które przy co najmniej 30K spełniają wymagania mocy są dopuszczone do udziału w postępowaniu. Podniesiony zarzut jest więc całkowicie bezzasadny. Jednocześnie zwracamy uwagę,
iż do oceny mocy na m2 Wykonawca ma wpisać moc kolektora przy 30K.Ważnym jest też by nie dokonywać przewymiarowania instalacji – brak maksymalnej mocy nie oznacza,
że nie musi ona odpowiadać zapotrzebowaniu na energię cieplną.

Izba zważyła:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby Zamawiającemu nie można zarzucić naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodnie z którym, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wskazać należy, iż zarzut nie został potwierdzony. Obliczenie minimalnej mocy kolektora złożonej przez Odwołującego nie uwzględnia wymaganej różnicy temperatur dT=30K a jedynie dT=0K, co oznacza że treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Osią sporu między stronami było ustalenie czy SIWZ zawiera wymóg w zakresie sposobu obliczenia minimalnej mocy kolektorów słonecznych określonej na poziomie min. 1,9 MW lecz mniejszej niż 2 MW.

Odnosząc się w opisie przedmiotu zamówienia do dokumentacji technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przygotowania oferty zgodnie z załączoną dokumentacją, gdzie w pkt 3.2.6. Projektu Budowlano-Wykonawczego został wskazany wzór na obliczenie mocy zainstalowanej instalacji, który w żaden sposób nie odnosił się do konieczności obliczenia mocy z uwzględnieniem różnicy temperatur 30K. Taka informacja zawarta była jedynie przy kryterium oceny ofert, gdzie Zamawiający wyraźnie określił, iż moc jednostkowa z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora słonecznego, obliczona będzie dla różnicy temperatury dT = 30K.

Brak wyraźnego wskazania, iż do obliczenia łącznej mocy kolektorów należy również uwzględnić parametr różnicy temperatur na poziomie dT = 30K, mógł wprowadzać wykonawców w błąd, co do sposobu obliczenia minimalnej mocy kolektorów. Wykonawcy nie mają obowiązku domyślać się jak należy przygotować ofertę, bowiem to na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednakże, w przypadku niejasnych lub budzących wątpliwości zapisów SIWZ, wykonawcy wyposażeni zostali przez ustawodawcę, w narzędzie wskazane w art. 38 Pzp, w postaci możliwości zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. W przypadku złożenia takiego zapytania w sposób określony w art. 38 ust. 1 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnienia w zakresie treści SIWZ, a udzielone wyjaśnienia stają się wiążące dla wykonawców.

W analizowanym stanie faktycznym, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, dotyczące sposobu traktowania parametru mocy min. 1.9 MW - czy wymagany parametr minimalny należy traktować jako parametr zrealizowany przy różnicy temperatur minimum 30K, Zamawiający w dniu 27 listopada 2018 udzielił odpowiedzi, że (…) *moc kolektora należy rozumieć jako moc przy różnicy temperatur 30 K.* Ponadto w dalszej części odpowiedzi wyjaśnił, iż *wszystkie kolektory, które przy co najmniej 30K spełniają wymagania mocy są dopuszczone do udziału w postępowaniu,* tym samym w ocenie Izby stosując wnioskowanie a contrario, z treści odpowiedzi wynika że wszystkie kolektory, które przy co najmniej 30K nie spełniają wymagania mocy, nie będą dopuszczone do udziału w postępowaniu, czyli nie będą zgodne z treścią SIWZ.

Podkreślenia wymaga fakt, iż poprzez udzielenie powyższej odpowiedzi Zamawiający dokonał doprecyzowania treści SIWZ, a odpowiedź ta stała się elementem specyfikacji istotnych warunków zamówieniaw zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym należało dokonać weryfikacji złożonych ofert. Nie można również pominąć faktu, iż informację o tym, że Wykonawcy związani są wszelkimi zmianami i wyjaśnieniami do SIWZ zamieszczonymi na stronie internetowej Gminy, Zamawiający zamieścił na pierwszej stronie tekstu jednolitego SIWZ. W tym kontekście, Odwołujący nie mógł mieć wątpliwości czy przedmiotowe odpowiedzi na pytania będą wywoływały skutek, w postaci włączenia ich w treść opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego SIWZ.

Nie można również uznać, że w wyniku powyższych odpowiedzi Zamawiający zmienił sposób liczenia minimalnej mocy kolektorów, bowiem informacja w tym zakresie została podana przy opisie kryteriów oceny ofert, dla obliczenia

mocy z metra kwadratowego powierzchni czynnej kolektora. Dodać należy, iż udzielona odpowiedź jest jedynym elementem dokumentacji postępowania, w której Zamawiający wyjaśnił i doprecyzował sposób obliczenia zainstalowanej minimalnej mocy kolektora. Wykonawca mógłby jedynie mieć wątpliwość, który ze sposobów obliczenia mocy jest wiążący dla wykonawców – określony w projekcie w pkt 3.2.6 (bez uwzględnienia różnicy temperatur 30K) czy wynikający z wyjaśnień udzielonych w dniu 27 listopada 2018 roku. Jednakże, udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie wykonawcy, jest czynnością w postępowaniu dokonaną później niż sporządzenie dokumentacji technicznej, zatem jej udzielenie zmienia lub precyzuje wcześniejsze zapisy SIWZ. Konsekwencją odpowiedzi na pytanie jest doprecyzowanie treści SIWZ w zakresie obliczanie mocy minimalnej kolektorów i nie można jej pominąć przy ocenie treści złożonych ofert. Okoliczność ta została przekazana wszystkim wykonawcom i stała się elementem opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, Zamawiający ma obowiązek stosować takie same zasady wobec wszystkich wykonawców w postępowaniu, zatem ocena oferty jednego z wykonawców w sposób niezgodny z wprowadzonym wymogiem w zakresie obliczenia mocy minimalnej, stanowiłaby naruszenie ww. zasady.

Powyższe wskazuje, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie został potwierdzony. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp: *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.* Zamawiający przeprowadził postępowanie z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji a także nie naruszył proporcjonalności i przejrzystości. Dokonał oceny oferty Odwołującego, stosując wymogi wynikające z odpowiedzi udzielonych w dniu 27 listopada 2018 roku w zakresie sposobu obliczenia minimalnej mocy kolektorów, które to odpowiedzi stały się elementem treści SIWZ. Zatem złożenie oferty, która nie była zgodna z wymogami wprowadzonymi w wyniku odpowiedzi na pytania (nie uwzględniała różnicy temperatur dT=30K), skutkowało obowiązkiem po stronie Zamawiającego odrzucenia oferty, jako zawierającej treść niezgodną z treścią SIWZ.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, który twierdzi że Zamawiający nie wymagał aby do obliczenia parametrów mocy kolektorów uwzględniać różnice temperatur na poziomie dT=30K, ponieważ kolektor referencyjny (wskazany w SIWZ poprzez odniesienie do jego kodu) byłby niezgodny z treścią SIWZ wskazać należy, iż postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą podlega ocena działań lub zaniechań ze strony Zamawiającego. Skoro żaden z wykonawców nie zaoferował rozwiązania opartego o przywołane kolektory, to nie było również czynności lub zaniechań w tym zakresie po stronie Zamawiającego, a tylko takie mogą być przedmiotem rozpoznania Izby. Wobec powyższego podnoszony zarzut jest bezprzedmiotowy, ma charakter czysto hipotetyczny i odnosi się do czynności, która nie miała miejsca w postępowaniu. Nie może być zatem przedmiotem rozpoznania Izby.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: ……...