Sygn. akt: KIO 1900/20, KIO 2004/20

WYROK

z dnia 11 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 i 17 sierpnia 2020 roku przez wykonawców:

1) ML SYSTEM Spółka Akcyjna z siedzibą w Zaczerniu (KIO 1900/20)

2) FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach (KIO 2004/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu, która działa w imieniu i reprezentuje Gminy: Nowy Targ, Miasto Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia

przy udziale wykonawców:

1) FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1900/20);

2) S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno Handlowy S. K. z siedzibą w Klikawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 2004/20);

orzeka:

1. Uwzględnia w części odwołanie w sprawie KIO 1900/20 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, ponowienie procesu badania i oceny ofert w tej części zamówienia, w tym wezwanie wykonawcy FlexiPower do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu - doświadczenia zawodowego;

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania obciąża:

3.1. Zamawiającego Gminę Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu w 1/3 części kosztów oraz Odwołującego ML System S.A. siedzibą w Zaczerniu w 2/3 części kosztów i:

3.1.1. 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. z siedzibą w Zaczerniu tytułem wpisu od odwołania,

3.1.2. zasądza od wykonawcy Zamawiającego Gminy Nowy Targ z siedzibą

w Nowym Targu na rzecz Odwołującego ML System Spółka Akcyjna z siedzibą w Zaczerniu kwotę 4 156 zł 60 gr (słownie: czterech tysięcy stu pięćdziesięciu sześciu złotych 60/100 groszy), stanowiącą 1/3 części uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego strony poniesionych z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu do Izby oraz noclegu.

4. Oddala w całości odwołanie w sprawie KIO 2004/20;

5. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach i:

5.1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr

(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach tytułem wpisów od odwołania,

5.1.2. zasądza od wykonawcy FlexiPower Group Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach na rzecz Zamawiającego Gminy Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu 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: .....

Sygn. akt KIO 1900/20, KIO 2004/20

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 1900/20

10 sierpnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu (dalej jako „Odwołujący" lub „ML System").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Montaż instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin: Nowy Targ, Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia" prowadzi Zamawiający: Gmina Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu, która działa w imieniu i reprezentuje wyżej wymienione gminy.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze w zakresie

części 2 zamówienia - jako najkorzystniejszej pod względem kryteriów podanych w SIWZ, oferty złożonej przez Wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach (dalej FlexiPower), w sytuacji, w której podlegał on wykluczeniu, a oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, względnie, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia FlexiPower z prowadzonego postępowania, pomimo, iż Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (a w ocenie ML SYSTEM - nawet w wyniku celowego działania) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do posiadanego doświadczenia oraz co do parametrów oferowanego modułu. Informacje te dotyczyły spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt. 6.2.3. SIWZ oraz zgodności produktu z SIWZ, a zatem miały, bądź mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp (względnie, art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp) poprzez nieodrzucenie oferty FlexiPower, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a jako zarzut ewentualny, także:

- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania

Wykonawcy do udzielenia stosownych wyjaśnień, pomimo, iż treść przedłożonych przez Wykonawcę referencji sugerowała, iż FlexiPower może nie spełniać warunków udziału w postępowaniu;

- art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania FlexiPower do wyjaśnień w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane moduły wymagań określonych przez Zamawiającego;

- oraz, z ostrożności, naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania FlexiPower do przedłożenia poprawnego Załącznika nr 6 oraz referencji, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Na dzień dzisiejszy bowiem przedłożone przez FlexiPower dokumenty nie potwierdzają, by Spółka legitymowała się odpowiednim doświadczeniem,

- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy zmodyfikowanej w toku postępowania na skutek przedłożenia karty katalogowej wskazującej na parametry produktu (modułu) innego niż oferowany.

Odwołujący ML System wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty FlexiPower,

2) wykluczenia z postępowania FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.,

3) względnie, nakazanie odrzucenia oferty FlexiPower jako niezgodnej z SIWZ, a na wypadek nieuwzględnienia wniosku:

4) nakazanie Zamawiającemu wezwania FlexiPower w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień lub dokumentów dotyczących rzeczywiście posiadanego doświadczenia oraz dotyczących parametrów oferowanego modułu,

5) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem treści wyjaśnień/uzupełnień oraz zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu, z zachowaniem zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Termin dla wniesienia odwołania został zachowany, bowiem Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 29 lipca 2020 r. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku uwzględnienia stawianych zarzutów, jego oferta zostanie poddana dalszej ocenie, zgodnie z przedstawionym w treści SIWZ kryterium oceny ofert, w wyniku której dojść może do zawarcia umowy objętej przedmiotowym postępowaniem, gdyż oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu według wartości punktowej obliczonej przez Zamawiającego.

Z ostrożności ML SYSTEM podał, iż Wykonawca: Sanito Sp. z o.o. został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, co plasuje

Odwołującego na II miejscu w rankingu ofert. Sanito złożyła odwołanie od tej czynności, jednak wyrokiem sygn. akt. KIO 1213/20, zostało ono oddalone w dniu 17 lipca 2020 r. Od powyższego wyroku nie wniesiono skargi.

Za najkorzystniejszą ofertę pod względem kryteriów podanych w pkt 18 SIWZ uznano ofertę nr 4 złożoną przez Wykonawcę: FlexiPower Group z ceną ofertową: 20.476.401,48 zł brutto, czasem reakcji przeglądu gwarancyjnego na wezwanie: 3 dni robocze od momentu zgłoszenia oraz okresem gwarancji na wykonane prace instalacyjne: 70 miesięcy.

Zdaniem Odwołującego ML System wybrany Wykonawca podlega jednak wykluczeniu z uwagi na podanie przez niego nieprawdziwych informacji, a złożona przez niego oferta winna być odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z wymogami SIWZ.

<u>Brak wymaganego doświadczenia dającego rękojmię należytego wykonania robót.</u>

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. 6.2.3. SIWZ, Zamawiający wymagał, by Wykonawca - w zakresie części II zamówienia - legitymował się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) minimum jednej dostawy wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 300 instalacji.

FlexiPower w treści Załącznika nr 6 („Wykaz dostaw") wskazał, że zrealizował w wymaganym okresie zadanie pn.: „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na

budynkach prywatnych zlokalizowanych na terenie gmin: Jastrząb, Mirów, Chlewiska, Orońsko oraz Powiatu Szydłowieckiego", w zakres którego wchodziło wykonanie dokumentacji projektowych, dostawa i montaż 347 instalacji fotowoltaicznych (w tym 17 instalacji dla budynków użyteczności publicznej). ZESTAWIENIE ZAINSTALOWANEJ MOCY INSTALACJI: 1 017,78 kWp, w tym instalacje zamontowane na budynkach użyteczności publicznej o łącznej mocy: 166,6 kWp.

Wykonawca wyraźnie zatem oświadczył, iż wykonał 347 instalacji na budynkach, w tym 17 instalacji na budynkach użyteczności publicznej.

Zamawiający w tabeli zamieszczonej w Załączniku nr 6 wymagał podania danych: „opisu pozwalającego na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu" - w opisie tym FlexiPower, wskazał własnymi słowami na „347 instalacji fotowoltaicznych", co jednoznacznie oznacza, iż celem wykazania doświadczenia w postaci dostawy min. 300 instalacji montowanych na budynku, Spółka powołała się na zadanie, w ramach którego wykonała ich aż 347.

Prace były wykonane na rzecz Gminy Jastrząb oraz Gmin partnerskich w okresie od dnia 25 kwietnia do dnia 31.10.2018 r. Do wykazu dostaw FlexiPower dołączył referencje, z dnia 4 marca 2019 r., podpisane przez koordynatora projektu oraz sekretarza gminy. W treści referencji podano, iż przedmiot zadania polegał na „dostawie i montażu w oparciu o posiadaną dokumentację techniczną 347 zestawów instalacji fotowoltaicznych, wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu".

Miejsca montażu instalacji, o których mowa w referencjach, były różne. Tylko część instalacji wykonywana była na budynkach prywatnych, dlatego też w ocenie Odwołującego ML System dokumenty świadczą o podaniu przez FlexiPower informacji nieprawdziwych.

Jak wynika z ogólnodostępnych danych, miejscem montażu instalacji fotowoltaicznych były nie tylko budynki prywatne (i 17 budynków użyteczności publicznej), gdyż Zamawiający zakładał także montaż instalacji na gruncie. Potwierdza to treść ogłoszenia o zamówieniu nr 2017/S 245- 511590, w której wskazano wyraźnie, iż wbrew literalnej nazwie zadania, część instalacji może zostać wykonanych na gruncie lub na budynkach gospodarczych.

Dodatkowo, z dostępnego pod adresem wzoru umowy podpisanej z Beneficjentami projektu, wynika, że każdy z nabywców instalacji był zobowiązany do złożenia „oświadczenia do celów ustalenia stawki podatku VAT", czy instalacja fotowoltaiczna zostanie zamontowana na budynku mieszkalnym, czy na gruncie (Załącznik nr 1 do Umowy).

Co więcej, treść opracowanego dla zadania OPZ oraz załącznika nr 2a - 2e, gdzie tabelarycznie zestawiono adresy montażu i wskazano na rodzaje instalacji planowanych są do wykonania, także potwierdza, że co najmniej 78 instalacji miało być wykonanych na gruncie. W konsekwencji, instalacji na budynkach, w tym budynkach użyteczności publicznej, FlexiPower wykonał nie więcej jak 269.

Powyższe nie tylko dowodzi, iż FlexiPower, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, lecz także, że Wykonawca podał informacje nieprawdziwe, wprowadzające Zamawiającego w błąd. Z ostrożności Odwołujący już w tym miejscu podkreśla, iż Zamawiający zaniechał szczegółowej weryfikacji wskazanego doświadczenia wykonawcy i rzetelnego wyjaśnienia wskazanych rozbieżności - pomimo, iż z ogólnodostępnych w sieci internet informacji wynika, że FlexiPower nie wykonał 347 instalacji na budynku. Powyższe już samo w sobie stanowi uchybienie Zamawiającego.

Przesłanki wykluczenia FlexiPower z postępowania

W ocenie ML System, FlexiPower, na skutek rażącego niedbalstwa bądź też wręcz

w sposób celowy, wykorzystując nieprecyzyjną treść Referencji, wprowadził Zamawiającego w błąd co do ilości rzeczywiście wykonanych instalacji na budynkach, a tym samym, wprowadził Zamawiającego w błąd co do faktu posiadania wymaganego doświadczenia.

W treści referencji obok opisu wykonywanych zadań „polegających na montażu, 347

zestawów instalacji fotowoltaicznych, wraz z konstrukcja dostosowaną do miejsca montażu" pojawia się nazwa projektu: „Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii na budynkach w Gminach Jastrząb, Mirów, Chlewiska, Orońsko oraz na budynkach użyteczności publicznej powiatu Szydłowieckiego" oraz nazwa zadania: „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach prywatnych zlokalizowanych na terenie gmin: Jastrząb, Mirów, Chlewiska, Orońsko oraz Powiatu Szydłowieckiego."

Sam opis czynności wykonanych przez Wykonawcę w ramach powołanego zadania nie odwołuje się już jednak do „budynków" czy „obiektów" - wręcz przeciwnie. Opis zamieszczony w treści Referencji wskazuje wyraźnie na fakt, iż zależnie od miejsca montażu, konstrukcje były różne i wymagały „dopasowania". Treść referencji potwierdza, że Wykonawca wykonał 347 zestawów instalacji „wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu". Referencje można ocenić jako "nieprecyzyjne" czy "źle zredagowane", jednak nie kłamliwe.

Informacje podane przez Gminę Jastrząb w treści referencji, tj. nazwa zadania i projektu, zestawione łącznie z zakresem prac, mogą na pierwszy rzut oka błędnie sugerować, że wszystkie 347 instalacji wykonano na budynku. Wykonawca - wykorzystując nieprecyzyjność zapisów oraz wadliwie przyjętą w ramach powołanego projektu nazwę zadania, przedłożył ten dokument celem potwierdzenia należytego wykonania co najmniej

300 instalacji posadowionych na budynkach. Sam fakt wykorzystania referencji celem

wykazania zastrzeżonego w treści SIWZ warunku już świadczy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do liczby rzeczywiście wykonanych instalacji.

Co więcej, FlexiPower zapewnił dodatkowo Zamawiającego, w treści Załącznika nr 6, iż w ramach robót o nazwie, podanej w cudzysłowie, wykonał: „dokumentację projektową, dostawę i montaż 347 instalacji" . Jeżeli bowiem w odpowiedzi na wymóg SIWZ co do wskazania "minimum jednej dostawy wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 300 instalacji", Wykonawca oświadcza, iż wykonał "347 instalacji", to oznacza, że potwierdza wykonanie 347 instalacji referencyjnych, do których odnosi się SIWZ, czyli instalacji na budynkach. Treść oświadczenia Wykonawcy wyraźnie wskazuje zatem, iż posiada doświadczenie wyższe niż wymagane - podana przez niego ilość

wykonanych instalacji znacznie przekracza określone w SIWZ minimum. Powyższe jest jednak nieprawdą, bowiem FlexiPower nie wykonał 347 instalacji na budynkach, a przedmiot referowanego zamówienia obejmował prace tak na obiekcie, jak i na gruncie. Wykonawca przedstawił zatem Zamawiającemu informacje nieprawdziwe dwukrotnie:

- przedstawiając nieprecyzyjny dokument referencji, sugerujący wykonanie 347 instalacji na budynkach,

- oraz potwierdzając w treści Załącznika nr 6, w ramach samodzielnie sformułowanej wypowiedzi (nie będącej cytatem nazwy zadania ani projektu), że Spółka wykonała 347 instalacji.

Projekt, na który powołuje się Spółka, zakładał wykonanie około 269 instalacji na obiektach. Spółka powinna zostać wykluczona w oparciu o treść art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. gdyż podała Zamawiającemu dwukrotnie (raz samodzielnie, raz poprzez dokument referencji) informację oczywiście nieprawdziwą.

Odwołujący z ostrożności tylko wskazał, iż ustawodawca przewidział w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp dwie przesłanki dla wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku wprowadzenia w błąd Zamawiającego, przy czym przesłanka wykluczenia zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 17 jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16, które określić można jako kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd [w przepisie jest bowiem mowa o zamierzonym działaniu wykonawcy i rażącym niedbalstwie]. Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 wystarczającym jest stwierdzenie, że do podania informacji nieprawdziwych doszło na skutek lekkomyślności [tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2018 r. KIO 1425/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2018 r., KIO 1432/18].

W ocenie ML System, FlexiPower, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia określone w pkt. 6.2.3. SIWZ warunki udziału w postępowaniu, co uzasadnia wykluczenie Spółki w oparciu o pierwszy z wyżej powołanych przepisów.

W przypadku, w którym Spółka rzetelnie przedstawiłaby zakres zdobytego doświadczenia, wskazałaby, że w ramach zadania o podanej nazwie wykonała, przykładowo, 302 lub 310 instalacji na budynkach, i wyjaśniła rozbieżność pomiędzy liczbą wykonanych instalacji a treścią referencji - tak jak to wyjaśniła w przypadku budynków użyteczności publicznej. Wyjaśnienia takie pozwoliłyby spółce na dalszy udział w postępowaniu. Zestawiając ze sobą treść OPZ i nazwę zadania wynika, że błędnie oznaczono zamówienie, tj. że zadanie błędnie określono jako "dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach prywatnych", w sytuacji, w której dotyczyło dostawy i montażu instalacji także na budynkach użyteczności publicznej, budynkach gospodarczych oraz na gruntach. FlexiPower nie podała w treści Załącznika nr 6, ani w żadnym innym dokumencie takiej informacji, stąd też do dnia dzisiejszego Zamawiający nie wie, ile rzeczywiście wykonano instalacji na obiekcie, i dysponuje wyłącznie nieprawdziwą cyfrą 347.

Fałszywe przedstawienie faktów wynikało natomiast bądź to ze skrajnie rażącego niedbalstwa, polegającego na przygotowaniu oświadczenia zawartego w treści Załącznika nr 6 li tylko w oparciu o nazwę zadania, bez choćby pobieżnej weryfikacji zakresu rzeczywiście wykonanych robót, bądź - co bardziej prawdopodobne, z celowego działania Spółki, która posiada przecież wiedzę o liczbie faktycznie wykonanych przez siebie instalacji na gruncie.

Z ostrożności jednak Odwołujący powołuje w odwołaniu obie z podstaw prawnych wykluczenia, podkreślając, iż nawet podanie danych w wyniku zwykłej lekkomyślności, dyskredytuje Spółkę od dalszego udziału w postępowaniu - nieprawdziwa informacja miała wpływ na decyzje Zamawiającego, co spełnia wymóg z art. 24 ust. 1 pkt. 17 in fine.

Z ostrożności Odwołujący także podnosił, iż wobec braku szczegółowych wyjaśnień w treści Załącznika nr 6 co do faktycznej liczby wykonanych instalacji, sam fakt przedłożenia referencji o określonej treści powinien być traktowany jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd. W orzecznictwie bezspornie praktycznie przyjmuje się bowiem, iż wprowadzające w błąd informacje mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia własnego wykonawcy, ale także oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, które wykonawca przedkłada Zamawiającemu [Tak wyrok z 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 576/17]. Dlatego też Odwołujący uważa, że do podania nieprawdziwych danych doszło dwukrotnie - jeżeli chodzi o wymagane doświadczenie, oraz jednokrotnie - w zakresie parametrów oferowanego modułu.

Brak możliwości korekty błędnie podanej ilości instalacji

Przedstawione z odwołaniem dokumenty potwierdzają, iż w ramach referowanych robót Wykonawca wykonał co najwyżej 269 instalacji na budynkach. Z wchodzących w skład zamówienia 347 instalacji 78 instalacji posadowionych zostało bowiem na gruncie.

Z ostrożności wskazano, iż dostrzeżone przez Odwołującego uchybienie nie polega konwalidacji, stąd też wadliwie podanej liczby nie można skorygować ani na etapie postępowania odwoławczego, ani podczas ponownego badania i oceny ofert, nawet jeżeli liczba wykonanych instalacji na budynkach byłaby wyższa niż 300.

Odwołujący dopuszcza taką możliwość, by doszło do drobnych odstępstw w toku realizacji ww. zadania, tj. by część Beneficjentów deklarujących chęć wykonania instalacji na gruncie, zdecydowała się na jej montaż na dachu, i odwrotnie - by planowane pierwotnie do montażu na dachu instalacje, posadowione zostały finalnie na gruncie. Możliwym jest także, by część osób pierwotnie deklarujących udział w projekcie, po jego rozpoczęciu zrezygnowała, co obligowało Zamawiającego do wskazania innych Beneficjentów, a w konsekwencji, prawdopodobnie innych miejsc i sposobów montażu. Tego rodzaju zmiany zdarzają się w toku realizacji inwestycji z udziałem konsumentów, a w zasadzie są nieuniknione. Należy jednak przyjąć, iż w stopniu graniczącym z pewnością nie jest możliwym, by wszystkie 78 osób pierwotnie zainteresowanych montażem instalacji na gruncie nagle zmieniło zdanie. FlexiPower zapewnił w Załączniku nr 6, iż wykonał 347 instalacji na budynku, stąd też wykonanie takiej ilości instalacji na budynku Spółka musi potwierdzić w toku postępowania odwoławczego. Liczba "347" musi być prawdziwa. Choćby jedna instalacja na gruncie dyskredytuje już Spółkę od dalszego udziału w postępowaniu, gdyż będzie podważać prawdziwość podanych w treści Załącznika nr 6 danych.

Innymi słowy, jeżeli liczba „347" instalacji na budynku okaże się nieprawdziwa - to bez względu na ilość faktycznie wykonanych robót, podana błędnie liczba nie może zostać zastąpiona. Możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest bowiem bezwzględnie wyłączona. Podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można bowiem uznać za „błąd" podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (Tak wyrok KIO z dnia 07 marca 2019r, KIO 271/19; wyrok KIO 526/15, KIO 177/15 oraz KIO 1370/15). W przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.

Uprzedzając ewentualną obronę FlexiPower, iż bez względu na faktyczną ilość wykonanych instalacji, jeżeli tylko rzeczywista liczba jest inna niż 347 instalacji na obiekcie, Spółka powinna zostać wykluczona z dalszego udziału w postępowaniu.

Z ostrożności, nawet jednak - wbrew utartej linii orzeczniczej i oczywistości naruszenia, uznanie, iż wadliwie podana cyfra może zostać skorygowana, nie uzasadniałoby oddalenia odwołania. Zamawiający zaniechał bowiem podjęcia jakichkolwiek działań wyjaśniających (które powinny być podjęte w toku oceny ofert, nie zaś przed KIO) co świadczy o zasadności naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jakkolwiek w ocenie ML SYSTEM w przypadku stwierdzenia wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie jest możliwe skorzystanie z procedur uzupełniania, bądź wyjaśniania dokumentów, to z naprawdę daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący zarzuca także naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dokładna analiza treści przedłożonych przez FlexiPower referencji, które odwołują się wyraźnie do różnych miejsc montażu, winna obligować Zamawiającego do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy złożonym przez Spółkę oświadczeniem o wykonaniu 347 instalacji na budynkach a ogólnodostępnymi informacjami wskazującymi, że sporne instalacje wykonywane były także na gruncie.

Niezgodność treści Oferty z wymaganiami SIWZ

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, iż FlexiPower zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób nieodpowiadający treści SIWZ.

W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie części 2 zamówienia, Zamawiający zgodnie z pkt. 8.7.3 SIWZ wymagał przedłożenia :

- certyfikatu potwierdzającego zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub PN-EN 61646 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp;

- karty techniczne (specyfikacje techniczne producenta) modułu fotowoltaicznego i inwertera obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1b do SIWZ, zgodnie z 2.3 (dla modułu) i pkt 2.4 (dla inwertera).

Dokumenty te miały potwierdzić m.in. iż współczynnik temperaturowy mocy oferowanego moduł (zgodnie z treścią Załącznika nr 1b do SIWZ, tabela „wymagania modułów fotowoltaicznych" - pkt 6) wynosi maksymalnie 0,39%/K. Ponadto, zgodnie z wymaganiem zawartym w zał. 1b do SIWZ, moduły powinny posiadać certyfikaty IEC 61215 oraz IEC 61730 oraz być zgodne z dyrektywami 2014/35/EU oraz 2014/30/EU.

Z formularza oferty FlexiPower wynika, iż w zakresie części 2, FlexiPower zaoferował moduł SUNERGY USA WORKS LLC SUN 360-72 M. Współczynnik temperaturowy mocy urządzenia istotnie przekracza wymaganą przez SIWZ granicę. W treści karty katalogowego producenta, dostępnej pod adresem sun72m/ wartość ta, oznacza jako "Temperature Coefficient of Pmax", wynosi natomiast 0,40%/C.

Powyższe wartości mają realny wpływ na uzyski przy wzroście temperatury pracy modułu, dlatego powyższe uchybienie ma charakter nie tylko formalny. Współczynnik temperaturowy mocy to jeden z najistotniejszych parametrów świadczącym o tym jaką moduł osiągnie moc w danej temperaturze. Mówi on, o ile procent zmniejszy się moc modułu z każdym stopniem powyżej określonej temperatury testowej - im parametr bliższy zeru, tym lepiej. Zamawiający dążą zatem do tego, by oferowany moduł miał najmniejszy współczynnik temperaturowy, stąd też w treści SIWZ zastrzeżono, iż nie może on być wyższy niż 0,39%/K. Jest to maksymalna wartość, jaką dopuścił Zamawiający. Moduł zaoferowany przez FlexiPower przekracza ją o 0,01%, co świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż różnica temperatur 1 stopnia C (Celsjusza) jest równa różnicy 1 K (Kelwina), więc oba parametry można ze sobą porównać, zestawiając ze sobą podane powyżej wartości nominalne, bez przeliczania.

Odwołujący ML System nie ma wiedzy, dlaczego współczynnik temperaturowy w treści karty katalogowej przedłożonej przez FlexiPower jest inny niż w oryginalnym dokumencie - bez względu jednak na fakt, czy liczba ta została celowo zmieniona (co znów, świadczyłoby o podaniu nieprawdy i mieściłoby się w granicach podniesionego zarzutu podania nieprawdziwych informacji), czy też przedłożona przez Wykonawcę karta dotyczy innego modelu niż oferowany, oferta i tak podlega odrzuceniu.

Oryginalny model modułu monokrystalicznego „UNERGY USA WORKS LLC SUN360-72M" jaki został zaoferowany w treści Formularza Ofertowego cechuje bowiem wartość 0.40%C, która jest niezgodna z SIWZ. Wykonawca oferując taki model, bez żadnych dopisków/adnotacji wskazujących na „modyfikację" standardowego egzemplarza, oferuje moduł „z półki" dostępny w standardowej ofercie Producenta. Taki moduł nie spełnia natomiast wymagań SIWZ, co potwierdza wprost Producent urządzenia, podając jego parametry na podanej stronie internetowej.

Z daleko idącej ostrożności ML SYSTEM podał, uprzedzając nijako potencjalną argumentację FlexiPower, iż niezgodny z treścią SIWZ parametr zostanie na potrzeby realizacji umowy zmieniony, że dla oceny zgodności modułu z SIWZ wiążąca jest w tym przypadku oryginalna karta katalogowa producenta urządzenia, nie zaś dokument przedłożony przez Wykonawcę. Wobec braku jakiegokolwiek zastrzeżenia o „modyfikacji" oferowanego produktu, zmiana współczynników temperaturowych czy też innych cech oferowanego urządzenia poprzez podanie w karcie katalogowej, po otwarciu ofert i na wezwanie Zamawiającego, nowych wartości, zgodnych w SIWZ lecz odbiegających od tych standardowych, świadczy o konieczności odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Tego rodzaju zmiana parametrów oferowanego urządzenia świadczy bowiem o niedopuszczalnej negocjacji treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (tak wyrok z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt. KIO 595/20).

Wada złożonej oferty, polegająca na braku zgodności oferowanego produktu z wymogami SIWZ, nie podlega sanacji. Każda zmiana niezgodnego z treścią SIWZ parametru będzie bowiem prowadzić do niedopuszczalnej zmiany oferty. Z ostrożności tylko Odwołujący zarzucił naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyby wskazana rozbieżność zasługiwała na wyjaśnienie przez Zamawiającego. Pomimo oczywistej niezgodności parametrów, Zamawiający nie podjął w toku postępowania żadnej próby weryfikacji, czy oferowane urządzenie spełnia rzeczywiście wymogi SIWZ.

Dodatkowo wskazano, iż z treści karty katalogowej oferowanego modułu, wynika, iż moduł SUNERGY USA WORKS LLC SUN 360-72 M posiada tolerancję mocy w zakresie 0 ~ +3%, co w przeliczeniu do modułów o mocy 360 W (oferowanych przez FlexiPower) daje 10,8 W. Wartość ta jest ponad dwukrotnie wyższa od wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ - co oznacza, że moduł oferowany przez FlexiPower nie spełnia wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ także i w tym zakresie. Powyższe także świadczy w sposób wyraźny o niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ i uzasadnia jej odrzucenie w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, względnie, w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli Izba uzna, iż na skutek wprowadzenia zmian do

oryginalnej karty katalogowej doszło do zmiany oferty.

Opisana sytuacja w ocenie Odwołującego powinna być także, a może przede wszystkim, oceniona pod kątem podania informacji nieprawdziwych. Wskazane przez FlexiPower parametry modułu różnią się bowiem od standardowego w stopniu istotnym, co uzasadnia wykluczenie Spółki z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do właściwości oferowanego modułu.

Mając na uwadze, Odwołujący ML System wnosił jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 2004/20

W dniu 17 sierpnia FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach

(dalej jako „Odwołujący 2" lub „FlexPower"), na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odwołanie w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części IV.

Odwołanie złożono wobec:

- czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Zakład Produkcyjno Handlowy S. K. (dalej jako ZPH S. K.),

- zaniechania odrzucenia oferty ZPH S. K. .

Czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZPH S. K. podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ,

2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu,

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZPH S. K., która jest niezgodna z SIWZ w zakresie:

a) niespełnienia parametru minimalnego „Źródłem ciepła będą kotły stalowe opalane biomasą z automatycznym zasypem paliwa, w zakresie mocy od 12 do 30 kW (rozdział 2, str. 9 OPZ - załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę)";

b) niespełnienia (niewykazania spełnienia) przez urządzenie SKP BIO 16 parametru minimalnego „Wymagane jest, aby kotły zostały wykonane w klasie 5 efektywności energetycznej i emisyjności wg Normy PN-EN 303.5-2012 oraz spełniające wymagania Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe (rozdział 2, str. 9 OPZ - załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę)",

4) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 171 w zw. z art. 169 ust. 1 w zw. z art. 168 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska w zw. z § 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe w zw. z art. 3 ust. 1 i 2. oraz z pkt lit. f załącznika II do Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZPH S. K., pomimo oczywistej niezgodności zaoferowanych dostaw z przepisami obowiązującego prawa w zakresie, w jakim kotły z typoszeregu SKP BIO nie powinny zostać dopuszczone do obrotu jako niezapewniające wymagań ochrony środowiska, tj. emisji tlenków azotu, wyrażonych jako ekwiwalent dwutlenku azotu, dotyczące sezonowego ogrzewania pomieszczeń nieprzekraczającej 200 mg/m3 w przypadku kotłów na biomasę.

Z ostrożności procesowej, w razie uznania przez Izbę, że na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania do złożenia dokumentu lub złożenia stosownych wyjaśnień :

5) art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 w zw. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

wezwania ZPH S. K. do złożenia wyjaśnień lub dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy zgodności z wymaganiami OPZ w zakresie parametrów minimalnych:

a) „Źródłem ciepła będą kotły stalowe opalane biomasą z automatycznym zasypem paliwa, w zakresie mocy od 12 do 30 kW" (rozdział 2, str. 9 OPZ załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę)”,

b) „Wymagane jest, aby kotły zostały wykonane w klasie 5 efektywności energetycznej i emisyjności wg Normy PN-EN 303.5-2012 oraz spełniające wymagania Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe" (rozdział 2, str. 9 OPZ - załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę)”.

Odwołujący FlexiPower wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części IV,

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty względem ZPH S.

K. i w jej wyniku odrzucenie tej oferty,

Z ostrożności procesowej:

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty względem ZPH S.

K. w jej wyniku wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust.

3 ustawy Pzp .

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane Odwołującemu w dniu 8 sierpnia 2020 roku. W związku z powyższym dziesięciodniowy termin został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Wpis w wymaganej wysokości został prawidłowo uiszczony na rachunek UZP.

W sprawie Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. W razie wystąpienia przesłanek odrzucenia ofert ZPH S. K., oferta wykonawcy FlexiPower będzie ofertą ocenioną najwyżej.

Zarzuty wobec zaniechania odrzucenia oferty ZPH S. K.

W treści opisu przedmiotu zamówienia (rozdział 4.2.4.2. SIWZ) Zamawiający określił wymóg zaoferowania kotłów o mocy min. 30 kW przy jednoczesnym określeniu w opisie przedmiotu zamówienia, że źródłem ciepła będą kotły stalowe opalane biomasą

z automatycznym zasypem paliwa, w zakresie mocy od 12 do 30 kW [rozdział 2, str. 9 OPZ

załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę)].

W formularzu ofertowym ZPH St. . złożył oświadczenie, w którym zaoferował kotły na biomasę K. SKP BIO 35kW - kocioł z typoszeregu SKP BIO.

W odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp ZPH S. K. złożył kartę katalogową kotła, gdzie w pozycji „SKP BIO 35 kW” wskazana została znamionowa moc cieplna kotła 30 kW z zastrzeżeniem, że moc kotła została ograniczona elektronicznie.

Tymczasem załączone do uzupełnień na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty (sprawozdanie z Badań nr 210/17-LG) wskazują, że zaoferowane urządzenie albo posiada moc nominalną 35 kW albo nie zostało przebadane zgodnie z normą PN-EN 303-5:2012 (co stanowiło wymóg SIWZ, zgodnie z punktem 8.7.3. lit. g) - wymóg miał zostać potwierdzony certyfikatem oraz raportem z badań.

Sprawozdanie z badań nr 210/17-LG złożone na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje bowiem, że zarówno tabliczka znamionowa potwierdza moc nominalną 35 kW oraz wyniki badań (5.2.WYNIKI BADAŃ i OCENA KOTŁA Z OBOWIĄZUJĄCYMI WYMAGANIAMI ZAWARTYMI W NORMIE PN-EN 303-5:2012) - nominalna moc cieplna: 35 kW. Zatem wszelkie badania dotyczące oferowanego kotła SKP BIO 35 zostały przeprowadzone w warunkach mocy nominalnej na poziomie 35 kW, a więc w warunkach przekraczających próg działania urządzeń w zakresie mocy od 12 do 30 kW, co wskazuje na niezgodność oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia.

Co istotne, nominalna (znamionowa) moc cieplna kotła nie jest jedynie pojęciem stricte technicznym, ale posiada także swoją definicję legalną zawartą w art. 2 pkt 1

Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe, gdzie wskazuje się, że „znamionowa moc cieplna" (Pr) oznacza, wyrażaną w kW, deklarowaną moc cieplną kotła na paliwo stałe zapewniającego ogrzewanie zamkniętych pomieszczeń w drodze spalania paliwa zalecanego.

Skoro zatem ZPH K. do celów badań i na tabliczce znamionowej zadeklarował, że moc cieplna urządzenia jest mocą o wartości 35 kW, to nieracjonalnym jest zaakceptowanie elektrycznego ograniczenia tejże mocy i określenie jej w sposób inny, dostosowany jedynie dla celów postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego oferta ZPH K. jest niezgodna także w zakresie wymagania „Wymagane jest, aby kotły zostały wykonane w klasie 5 efektywności energetycznej i emisyjności wg Normy PN-EN 303.5-2012 oraz spełniające wymagania Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe" (rozdział 2, str. 9 OPZ - załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę). Dla potwierdzenie powyższego parametru, zgodnie punktem 8.7.3. lit. g) SIWZ wymagane było złożenie certyfikatu oraz raportu z badań potwierdzającego zgodność kotła z normą PN - EN 303-5:2012 oraz certyfikatu potwierdzającego spełnianie wymagań klasy 5 kotła - wydane przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp.

ZPH K. w uzupełnieniu na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedstawił:

- sprawozdanie z badań nr 86/15-LG dla kotła SKP BIO 16,
- sprawozdanie z badań nr 209/17-LG dla kotła SKP BIO 20,
- sprawozdanie z badań nr 128/14-LG dla kotła SKP BIO 25,
- sprawozdanie z badań nr 210/17-LG dla kotła SKP BIO 35.

Spełnienie warunków określonych w wymaganiach SIWZ wymagało przedstawienia badań i certyfikatów dla każdego z urządzeń oferowanych przez Wykonawcę.

Tymczasem ZPH K. przedstawił badania dla typoszeregu kotłów wykonane w sposób niezgodny z normą PN-EN 303.5-2012. W uzupełnieniu z dnia 24 kwietnia 2020 r. przedstawione zostały co prawda cztery sprawozdania z badań, jednakże dwa z nich (1) sprawozdanie z badań nr 86/15-LG dla kotła SKP BIO 16 oraz (2) sprawozdanie z badań nr 128/14-LG dla kotła SKP BIO 25, to sprawozdania z badań przeprowadzonych odpowiednio w roku 2015. Dwa pozostałe sprawozdania zostały przeprowadzone w roku 2017 i zgodnie z zaświadczeniem sporządzonym przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy z dnia 28 marca 2019 r., załączonym do wyjaśnień wykonawcy, w listopadzie 2017 r. zostały przeprowadzone badania uzupełniające potwierdzające zgodność z przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. Przeprowadzone uzupełniające badanie, uwzględniające przywołane przepisy zgodności z normą PN-EN 303.5-2012 dotyczy jednak, jak wykazał sam Wykonawca, jedynie kotłów SKP BIO 20 i SKP BIO 35. Norma ta nie pozwala w przedmiotowej sytuacji zakwalifikować urządzenia SKP BIO 16 jako należącego do tego samego typoszeregu co urządzenie SKP BIO 20 i SKP BIO 35, w związku z czym ZPH S. K. nie wykazał, aby urządzenie to spełniało wymóg klasy 5.

Zgodnie z art. 169 ust. 1 w zw. z art. 168 u.p.o.ś Minister Rozwoju i Finansów został delegowany do określenia szczegółowych wymagań dla stwierdzenia spełnienia wymagań przez określone grupy produktów mając na celu ograniczenie negatywnego wpływu na środowisko na etapie ich użytkowania. Art. 171 u.p.o.ś wprowadza zakaz wprowadzenia do obrotu produktów nieodpowiadającym tym wymogom. Oznacza to, że produkt wprowadzony do obrotu, a niespełniający powyższych wymogów nie powinien być dopuszczony jako dostawa w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W § 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe określone zostały graniczne wartości emisji oraz graniczne wartości sprawności cieplnej, których spełnienie możliwe było jedynie po przeprowadzeniu badania zgodnie z rozporządzeniem akredytacyjnym. Badanie to dotyczyć miało wszelkich kotłów na biomasę - także tych, które zostały wyprodukowane przed 1 października 2017 r. Jednocześnie przeprowadzone badanie to wykonywane po wejściu w życie Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla Kotłów na paliwo stałe - dla produktów wprowadzanych do obrotu po 1 stycznia 2020 r. (a takimi niewątpliwie są oferowane przez

ZPH K. w postępowaniu kotły) - powinno wykazać zgodność z pkt. 1 lit. f załącznika II do przedmiotowego rozporządzenia. „Od dnia 1 stycznia 2020 r. kotły na paliwo stałe muszą spełniać następujące wymogi emisje tlenków azotu, wyrażone jako ekwiwalent dwutlenku azotu, dotyczące sezonowego ogrzewania pomieszczeń nie mogą przekraczać 200 mg/m3 w przypadku kotłów na biomasę oraz 350 mg/m3 w przypadku kotłów na paliwa kopalne".

Załączone przez ZPH K. sprawozdania przedstawiają następujące wartości - -- - Dla kotła SKP BIO 16 (237 mg/m3 w pierwszym pomiarze)

- Dla kotła SKP BIO 25 (197 mg/m3 w pierwszym pomiarze)

- Dla kotła SKP BIO 35 (225 mg/m3 w pierwszym pomiarze)

Wobec danych przytoczonych przez samego Wykonawcę, kotły na biomasę oferowane w postępowaniu przekraczają ustanowioną w przepisie powszechnie obowiązującym normę emisji tlenków azotu. Przekroczenie przedmiotowej normy narusza przepisy wewnętrzne prawa ochrony środowiska, ale także wprost stoi w sprzeczności z art. 8 o Rozporządzenia Komisji, zgodnie z którym do dnia 1 stycznia 2020 r. państwa członkowskie mogą zezwolić na wprowadzanie do obrotu i do użytkowania jedynie kotłów na paliwo stałe, które są zgodne z obowiązującymi przepisami krajowymi dotyczącymi sezonowej efektywności energetycznej ogrzewania pomieszczeń oraz emisji cząstek stałych, organicznych związków gazowych, tlenku węgla i tlenków azotu. Zaniechanie odrzucenia oferty ZPH K. pozwoliłoby na usankcjonowanie sytuacji, w której przedmiotem zamówienia publicznego stanie się produkt nieprzebadany zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz wprowadzenie do obrotu urządzenia niezgodnego z normami wyznaczonymi rozporządzeniem Komisji.

Zgodnie z § 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 lutego 2019 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe ustawodawca sprecyzował definicję pojęcia „wprowadzania do obrotu", przez które rozumie się nie tylko wprowadzanie produktu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po raz pierwszy, ale również sprzedaż na rynku wtórnym, sprzedaż za pomocą środków porozumiewania się na odległość (internet), najem, instalację i podłączenie do systemu grzewczego.

Wobec opisanych wadliwości oferty ZPH K. czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została zatem dokonana przez Zamawiającego bez kontroli spełniania wszystkich wymogów nałożonych przez SIWZ, co sprawia, że oferta nie może zostać uznana za zgodną z SIWZ. Nadto oferta jest niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Rozbieżności, które mają de facto charakter nieusuwalny - zaoferowanie produktów, które nie zostały przebadane zgodnie z SIWZ, produktów, wobec których złożono dokumenty potwierdzające, że nie spełniają one warunków OPZ, a wreszcie produktów niezgodnych z ustawą - prowadzą do wniosku, że powyższa oferta, po porównaniu dokumentów przedmiotowych z SIWZ winna zostać odrzucona przez Zamawiającego bez wdrażania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut ewentualny dotyczy ewentualnej korekty dokumentów złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie FlexiPower jednak przeprowadzone już przez Zamawiającego dodatkowe badanie oferty w procedurze sanacyjnej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zostało przeprowadzone poprawnie. Wobec tego zarzut ten stawiany jest jedynie z daleko idącej ostrożności procesowej.

Za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać takie zachowanie Zamawiającego, który pozwala na udzielenie zamówienia przez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu. Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp (zasada legalizmu), zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Tym samym nie można uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu czyni zadość wskazany zasadom. Z zasady równego traktowania wywodzi się odwołanie do zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażonej m.in. w orzecznictwie ETS (wyroki ETS: z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti; z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Emm. G. Lianakis AE i inni v. Dimos Alexandroupolis) oraz KIO (wyrok z dnia 25 listopada 2010 r. KIO/UZP 2483/10). Zgodnie z dyrektywą transparentności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy zatem uznać takie zachowanie Zamawiającego, który pozwala na udzielenie zamówienia przez wybór najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym, Odwołujący FlexiPower wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniach, pismach procesowych, pozostałym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 1900/20

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy poprzedzającego ofertę Odwołującego w rankingu ofert, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą

w Kudrowicach. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej dokumentacji oraz pozostałego zgromadzonego materiału dowodowego, Izba ustaliła, że FlexiPower złożyło wykaz dostaw, w którym wskazało jako pracę referencyjną zadnie pn. „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na budynkach prywatnych zlokalizowanych na terenie gmin: Jastrząb, Mirów, Chlewiska, Orońsko oraz Powiatu Szydłowieckiego”, w zakres którego wchodziło wykonanie dokumentacji projektowych, dostawa i montaż 347 instalacji fotowoltaicznych (w tym 17 instalacji dla budynków użyteczności publicznej). ZESTAWIENIE ZAINSTALOWANEJ MOCY INSTALACJI: 1 017,78 kWp, w tym instalacje zamontowane na budynkach użyteczności publicznej, o łącznej mocy 166,6 kWp, realizowane w terminach od 25.04.2018r., do 31.10.2018 r., na rzecz Gminy Jastrząb oraz Gmin partnerskich.

Do wykazu dołączono referencje wystawione przez Gminę Jastrząb, w których określono, że przedmiotem umowy było wykonanie dokumentacji projektowych, dostawa i montaż 347 instalacji fotowoltaicznych, która obejmuje w szczególności:

1) Wykonanie dokumentacji projektowej,

2) Dostawę i montaż w oparciu o posiadaną dokumentację techniczną 347 zestawów instalacji fotowoltaicznych wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu, w tym:

- w Gminie Jastrząb - łącznie 95 zestawów (w tym 4 instalacje zamontowane na budynkach użyteczności publicznej o łącznej mocy 39,20 kWp)

- w Gminie Mirów - łącznie 83 zestawów (w tym 3 instalacje zamontowane na budynkach użyteczności publicznej o łącznej mocy 29,40 kWp)

- w Gminie Chlewiska - łącznie 49 zestawów (w tym 4 instalacje zamontowane na budynkach użyteczności publicznej o łącznej mocy 39,20 kWp)

- w Gminie Orońsko - łącznie 117 zestawów (w tym 3 instalacje zamontowane na

budynkach użyteczności publicznej o łącznej mocy 29,40 kWp)

- w Powiecie Szydłowieckim - łącznie 3 zestawy (zamontowane na budynkach użyteczności publicznej o łącznej mocy 29,40 kWp).

3) montaż inwertera i pozostałych urządzeń,

4) montaż kompletnego okablowania

6) montaż zabezpieczeń przeciwpożarowych, przepięciowych

7) instalacja uziemień i połączeń wyrównawczych
(...)

Gmina Jastrząb poświadczyła, że firma FlexiPower zrealizowała powyższe roboty terminowo, z należytą starannością, zgodnie z umową. Wykonawca prowadził prace dobrej jakości, zgodnie ze sztuką i wiedzą budowlaną oraz aktualnie obowiązującymi normami technicznymi i przepisami prawa budowlanego. Współpraca z Wykonawcą układała się dobrze i można polecić firmę jako wiarygodnego i solidnego Wykonawcę.

Wykonawca złożył na wezwanie Kartę katalogową dla modeli SUN 72 M

350W/355W/360W/ 365W/370W/375W MODUŁ MONOKRYSTALICZY IEC61215/IEC61730/IEC61701/IEC62716/IEC62804, z której wynika, że Temperaturowy współczynnik Pmax wynosi -0.39%/K, natomiast tolerancja mocy dla wynosi 0~ +3%.

29 lipca 2020 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za taką uznając ofertę Wykonawcy FLEXIPOWER GROUP SP. Z O.O. SP. K., Kudrowice, z ceną ofertową: 20.476.401,48 zł brutto, czasem reakcji przeglądu gwarancyjnego na wezwanie: 3 dni robocze od momentu zgłoszenia oraz okresem gwarancji na wykonane prace instalacyjne: 70 miesięcy.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że odwołanie

w części zasługiwało na uwzględnienie.

Analizując zasadność zarzutu odnoszącego się do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, Izba częściowo podzieliła argumentację Odwołującego i uznała, że przedstawione przez Przystępującego FlexiPower informacje w Wykazie dostaw i referencjach wystawionych przez Gminę Jastrząb, wymagają weryfikacji Zamawiającego. Izba nie podzieliła jednocześnie stanowiska Odwołującego ML System, że w postępowaniu Przystępujący złożył informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem go z postępowania.

Przechodząc do oceny zasadności tej grupy zarzutów odwołania, bez wątpienia należy stwierdzić, że treść ustalonego warunku udziału w postępowaniu była precyzyjna, jasna i nie wymagała dodatkowej interpretacji, poza zastosowaniem wykładni literalnej i gramatycznej zapisów. Zamawiający wymagał zrealizowania minimum jednej dostawy wraz z montażem instalacji fotowoltaicznej na budynkach w ilości min. 300 instalacji. Jednocześnie Zamawiający nie określił co rozumiał będzie pod pojęciem „instalacji" oraz jak należy definiować słowo „budynek". Jeżeli więc jakakolwiek część instalacji została związana z dowolną częścią budynku, taki montaż w ocenie Izby, potwierdzał spełnienie warunku. Zatem tłumaczenie Zamawiającego przedstawione na rozprawie, że celem postawionego wymogu było uniknięcie przystąpienia do postępowania wykonawców posiadających jedynie doświadczenie przy wykonywaniu tzw. „farm fotowoltaicznych" nie mogło się ostać, do tego bowiem elementu treść warunku się nie odnosiła. Warunkiem nie wymagano również, by cała instalacja, na którą składa się wiele elementów (czemu Odwołujący nie zaprzeczał) znajdowała się, czyli była zamontowana, na budynku.

Przystępujący FlexiPower przedstawił wykaz, z którego wynikał montaż 347 instalacji, przy czym nazwa zadania referencyjnego wskazywała na montaż instalacji na budynkach. W referencji złożonej do wykazu Gmina Jastrząb potwierdziła ilość zamontowanych instalacji, przy czym zaznaczyła, że montaż dotyczył 347 zestawów instalacji wraz z konstrukcją dopasowaną do miejsca montażu i podała konkretne ilości zestawów dla gmin uczestniczących w projekcie.

Wbrew twierdzeniom odwołania, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający ani treścią wykazu, ani treścią referencji nie został jednak wprowadzony w błąd. Nie jest zdaniem Izby zasadne stanowisko odwołania, że Przystępujący FlexiPower działał w sposób celowy, ze świadomością wprowadził Zamawiającego w błąd podając dane nie odpowiadające rzeczywistości. Wykonawca nie przedstawił innych informacji niż wynikające z referencji, nie podał innych danych liczbowych, nie ukrył żadnych kwestii istotnych dla potwierdzenia spełnienia warunku. Zapis referencji nie sugerował, że wszystkie 347 instalacji zostało zamontowanych „na budynku". To Zamawiający w ocenie Izby powinien dokonać szczegółowej analizy złożonych dokumentów i zwrócić uwagę na zapis referencji wskazujący na możliwość różnego usytuowania instalacji, w zależności od potrzeb montażowych danego gospodarstwa prywatnego. Kwestię tę można było i należało wyjaśnić z wykonawcą w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Przy czym, zdaniem składu, nie można z góry założyć, że nawet jeżeli część instalacji była montowana na gruncie, to będziemy mieli do czynienia z częścią takiej instalacji związaną z budynkiem i pozycja taka będzie mogła być uwzględniona do wymaganej warunkiem liczby 300 instalacji. Okoliczność, że część instalacji była montowana na gruncie, ustalił i wykazał złożonymi materiałami uzyskanymi w trybie dostępu do informacji publicznej Odwołujący ML System. Z pisma z dnia 26 sierpnia 2020 roku otrzymanego od Gminy Jastrząb wynika, że część instalacji była montowana na budynkach mieszkalnych, część na budynkach gospodarczych, część na budynkach użyteczności publicznej, a części na gruncie. Dalej jednak Gmina oświadczyła, że generatory zamontowane na gruncie stanowią integralną część całej instalacji i przyłączone są bezpośrednio do instalacji budynku. Nie można więc wykluczyć, że tylko część instalacji znajduje się na gruncie, a inna jej część jest związana z budynkiem. Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu takiej możliwości nie wykluczył. Odwołujący natomiast prowadził narrację zarzutu w tę stronę, że montaż na gruncie jakiegokolwiek elementu instalacji wyklucza montaż na budynku, co nie jest prawdą. Zdaje się także, iż Odwołujący utożsamiał sytuację, w której jedynie miejsce montażu panelu z budynkiem potwierdzało będzie warunek udziału, co również nie wynikało z treści warunku. Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie ze złożoną przez Przystępującego opinią techniczną z dnia 8 września 2020 roku sporządzoną w przedmiocie „Umiejscowienia instalacji fotowoltaicznej produkującej energię na potrzeby gospodarstwa domowego", jest tak, że instalacje bez względu na miejsce posadowienia modułów fotowoltaicznych podłączane są do instalacji budynku. Bez względu na miejsce położenia modułów (dach budynku, grunt) wyprodukowana energia przekazywana i zużywana jest na pokrycie zapotrzebowania w energię danego budynku. W przypadku braku możliwości instalacji generatora na dachu budynku, moduł montuje się na gruncie na konstrukcji, a inne elementy instalacji (falownik, zabezpieczenia i miejsce wpięcia) umiejscawiane są w budynku. Specyfika działania instalacji bez względu na miejsce położenia generatora nie ulega zmianie. Wbrew zapatrywaniom odwołującego ML System 'instalacja' to nie tylko konstrukcja wsporna posadowiona na gruncie, a na ten element związany z gruntem wskazywały protokoły odbioru złożone przez Odwołującego. Samo umiejscowienie konstrukcja jako jednej z wielu części instalacji nie powinno być czynnikiem decydującym, że cała instalacja nie ma powiązania z budynkiem, dla którego została

przygotowana.

Aby możliwe było zastosowanie względem wykonawcy sankcji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

(a) przedstawione przez wykonawcę informacje muszą być informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd;

(b) są to informacje, które dotyczą oceny podstaw do wykluczenia, spełnienia warunków (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp) lub mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp);

(c) przedstawienie informacji nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp), względnie lekkomyślności lub niedbalstwa

wykonawcy (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp).

Niewątpliwie przedstawienie określonego zestawu informacji na temat spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na podstawie którego Zamawiający podejmuje określone decyzje, w tym decyzję o uznaniu oferty za najkorzystniejszą jest wypełnieniem przesłanki z lit. b powyżej.

Zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na „wprowadzenie zamawiającego w błąd" jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między

obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania". Oznacza to, że sformułowanie użyte w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17

Pzp wymaga, aby „wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości". Istotą „błędu", jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/ zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/ zdarzeniu. Jak już Izba stwierdziła we wcześniejszym fragmencie niniejszego orzeczenia, z taką sytuacją nie mamy w przedmiotowej sprawie do czynienia. Przystępujący bowiem swoim działaniem nie doprowadził do wywołania w świadomości Zamawiającego fałszywego przekonania o rzeczywistości. Przystępujący w złożonym wykazie nie wykroczył poza informacje potwierdzone w referencjach.

Ostatnia z przesłanek omawianych przepisów odnosi się do strony podmiotowej wykonawcy. W art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo, z kolei w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, będące formami kwalifikowanymi wprowadzenia w błąd, wskazujące na wyższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy. Jak słusznie zauważono w odwołaniu przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17. Jak wynika z orzecznictwa, zarówno Izby, jak i sądów powszechnych, obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.

Odwołujący przedstawionymi w odwołaniu dowodami nie wykazał odmienność rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie Przystępującego FlexiPower, dlatego też trudno w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dopatrywać się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że Przystępujący, działając co najmniej nieumyślnie, próbowało wprowadzić Zamawiającego w błąd i doprowadzić do uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nawet jeżeli złożone dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału nie wskazywały wprost na montaż instalacji na budynkach, to przed ostatecznym wykluczeniem danego wykonawcy Zamawiający winien umożliwić mu wytłumaczenie się z zaistniałej sytuacji, wyjaśnienie wątpliwości, przedstawienie dodatkowych dokumentów. Zamawiający może także samodzielnie dokonać weryfikacji złożonych dokumentów, zwracając się wystawcy referencji o potwierdzenie zawartych w dokumentach informacji.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia i ponowić czynność badania i oceny ofert, w ramach której należy wezwać Wykonawcę FlexiPower do złożenia dodatkowych wyjaśnień

przy zastosowaniu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub w zależności od wyniku uzyskanych wyjaśnień - do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Pzp co do

jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.

Pozostałe zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący zaoferowania przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego treści SIWZ dla parametru współczynnika temperaturowego mocy.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołującemu ML System nie udało się skutecznie zakwestionować wiarygodności dokumentów złożonych przez Przystępującego celem potwierdzenia, że oferowany przedmiot dostawy spełnia wymagania określone w SIWZ.

Złożona przez FlexiPower Karta katalogowa określa model oferowanego urządzenia, złożona jest w języku polskim i potwierdza wysokość wymaganego parametru.

Zestawiając treść materiałów złożonych przez Odwołującego ML System pod

odwołaniem i na rozprawie (karty katalogowe - wydruk ze strony internetowej przedstawiciela producenta w Wietnamie) oraz treść kart złożonych przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zauważyć należy, iż żaden z tych dokumentów nie jest w jakikolwiek sposób datowany, trudno więc ustalić, czy nie pochodzą one z różnych okresów, który z tych dokumentów jest obowiązującym, najnowszym, czy nie doszło po stronie producenta do zmiany treści karty choćby między złożeniem karty przez Przystępującego a wydrukiem karty przez Odwołującego.

Ponadto, co przyznał sam Odwołujący, w piśmie procesowym i na rozprawie, posiłkował się treścią kart ze stron internetowych przedstawicieli producenta, choć w odwołaniu wskazywał, że bazował na informacjach pochodzących ze stron producenta. Nie można wykluczyć, iż informacje ze stron przedstawicieli producenta różnią się od tych oficjalnych materiałów, którymi posługuje się producent. Przyczyn może być wiele, choćby różnice w stanie prawnym dla danych rynków zbytu, na którym działa przedstawiciel. Nie jest natomiast rolą Izby dociekać, czy taki stan rzeczy jest możliwy i jakie mogą być jego przyczyny. Nie wiedzieć czemu Izba miałaby dać wiarę i pierwszeństwo wydrukowi karty ze strony wietnamskiego przedstawiciela producenta (złożonej przez Odwołującego), podczas gdy karta złożona przez Przystępującego do takich elementów nie nawiązuje, a wskazanym adresem strony internetowej jestwww.sunenergyworks.com. Odwołujący przyznał na rozprawie, że na oficjalnej stronie producenta materiałów nie mógł znaleźć. Na różnice w adresach stron słusznie zwrócono uwagę w oświadczeniu przedstawionym przez Przystępującego. W tej materii Odwołujący ML System jest wysoce niekonsekwentny. W piśmie procesowym wskazuje, że „karta katalogowa producenta (agencja w Wietnamie) pochodzi ze stronyhttp://sunenergyvietnam.com.san-pham/72-cells-monocrystalline-solar-” oraz zaznacza, że jako dowód składa „oryginalną kartę producenta wraz z tłumaczeniem, wydruk ze strony internetowej sunenrgyworks.com z danymi przedstawiciela producenta w Wietnamie” (!). Nie polegają na prawdzie twierdzenia, że karta jest kartą producenta, bowiem pozyskana została od jego przedstawiciela. Karta złożona przez Przystępującego w żadnym miejscu nie nawiązuje do takiego źródła pozyskania modułów. Także przedstawiona przez Odwołującego ML System korespondencja mailowa dotyczy ustaleń z przedstawicielem na określony rynek producenta, ponadto załączono do niej kartę dla modelu SUN72M-35F, więc innego niż oferuje w tym postępowaniu Przystępujący.

W ocenie Izby nie istnieje możliwość uwzględnienia zarzutu w przypadku posiłkowania się materiałami pochodzącymi z dwóch różnych źródeł. Gdyby Odwołujący przedstawił kartę wydaną przez producenta, z której wynikałoby, że została przekroczona wielkość spornego parametrów, wówczas można byłoby taki zarzut uznać za udowodniony.

Poza tym wydruki kart przedłożone przez Odwołującego w części dotyczą zupełnie innego modelu, iż oferowany przez Przystępującego (SUN72M-35F). Warto także dostrzec, że funkcjonowanie na rynku różnych modułów, w których wartość spornego parametru przyjmuje różne wielkości pozostaje bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Izba nie bada bowiem ile i jakiego rodzaju modele funkcjonują na rynku.

W przypadku kwestionowanego parametru tolerancji mocy określonego w ofercie Przystępującego w zakresie 0 ~ +3%, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Zamawiający w SIWZ dopuścił, by tolerancja mocy wynosiła -0/+5 Wp, przy czym wielkość 5Wp jest maksimum. Izba w składzie rozpoznającym odwołanie podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w toku rozprawy, że wielkość wynikająca z oferty Przystępującego mieści się w przedziale określonym w SIWZ. Nawet jeżeli maksymalna tolerancja mocy dla modelu zaoferowanego przez Przystępującego wyniesie 10,8 Wp (przyjmując wyliczenia Odwołującego), to wielkość 5 Wp (z SIWZ) zawiera się w przedziale od 0 do 10,8 Wp (dla urządzenia). Jak słusznie zauważył na rozprawie Przystępujący, w tym przedziale wynikającym z oferty możliwe będzie uzyskanie modułów o wartości 5Wp, która jest maksymalną wartością ustaloną przez Zamawiającego. W ocenie Izby podanego parametru w SIWZ i zakresu dla tolerancji mocy nie należy odczytywać tak, że możliwe było zaoferowanie tylko takich produktów, gdzie wartość 5 Wp jest wartością maksymalną urządzenia. Jeżeli dla danego produktu możliwe jest osiągnięcie tej wartości określonej przez Zamawiającego jako maksymalna, nawet jeżeli sam model ma wyższy próg tolerancji mocy, to w ocenie składu jest to zgodne z wymogami SIWZ.

Takie rozumienie ustalonego warunku udziału potwierdza również złożona przez Zamawiającego korespondencja mailowa, przy czym dostrzeżenia wymaga, iż datowana jest ona przed wyborem oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby potwierdza ona, że Zamawiający w procesie badania i oceny ofert dokonał wnikliwej analizy wartości parametrów, które poszczególni wykonawcy przedstawili w ofertach. Otrzymane wyjaśnienia i ustalenia potwierdziły, że spełnione zostały wymogi SIWZ w ramach konkretnie oferowanych modeli. Izba nie podziela stanowiska, że w postępowaniu o udzielenie

zamówienia doszło do zmiany treści oferty, czy też negocjowania jej treści. Ostateczna treść oferty i wartości poszczególnych parametrów ustalone zostały w sposób niezmienny w dokumentach złożonych przez poszczególnych wykonawców, nie dokonywano w nich żadnych zmian. Natomiast sposób rozumienia i możliwość uzyskania określonych wartości to kwestia interpretacji zapisów SIWZ.

Izba nie wzięła pod uwagę opinii technicznej przedstawionej przez Przystępującego (z dnia 8/09/2020 sporządzonej przez dr hab. Inż. M. S.) bowiem ujęte tam wyliczenia dla testu mocy modułu dotyczyły mocy 310 Wp, podczas gdy Przystępujący zaoferował inny moduł, o innej mocy wyjściowej. Natomiast samo rozumienie i opisanie zagadnienia odnoszącego się do parametru tolerancji mocy było zbieżne ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego.

Wynikowo, w tej części zarzutów odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie również te zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 87 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Nie doszło do nieodpuszczalnej zmiany treści oferty, a sam odwołujący nie wskazał na czym miałoby polegać naruszenie innych przepisów prawa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1.

Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku - częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia zarzutów, obciążając kosztami w 1/3 wartości wszystkich kosztów Zamawiającego (zarzuty uwzględnione) oraz Odwołującego w wysokości 2/3 (zarzuty oddalone) poniesionych kosztów.

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. Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot stosownie do jego wyniku należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym.

Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r., sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13. Podobnie orzeczono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r., sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez

Odwołującego oraz koszty Odwołującego poniesione w tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł), dojazdu do Izby (679,80 zł) oraz koszty noclegu (390,90 zł). Zamawiający zgłosił wniosek o zasądzenie na jego rzecz kosztów z tytułu zastępstwa procesowego w wysokości 3 600 zł.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 156 zł 60 gr tytułem zwrotu 1/3 części kosztów wpisu, zastępstwa procesowego oraz pozostałych kosztów (wpis 15 000,00 zł oraz 3 600,00 zł koszty zastępstwa, 679,80 zł - dojazd i 390,00 zł - nocleg co daje łącznie 19 669,80 zł, przy uwzględnieniu 2/3 wartości kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3 600 zł dla pełnomocnika Zamawiającego), bowiem zasadny okazał się jeden z trzech rozpoznawanych na rozprawie zarzutów odwołania dotyczący grupy zarzutów związanych z potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego FlexiPower, a pozostałe 2 zarzuty dotyczące wskazywanych niezgodności treści oferty FlexiPower z treścią SIWZ, zostały uznane za niezasadne.

Zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu

odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych - które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone czy też postanowienie o odrzuceniu części odwołania lub o umorzeniu postępowania w części. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach - które jest w swej istocie postanowieniem - i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, tj., postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

sygn. akt KIO 2004/20

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy poprzedzającego ofertę Odwołującego w rankingu ofert, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno Handlowy S. K. z siedzibą w Klikawie (dalej jako ZPH K.). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej dokumentacji oraz pozostałego zgromadzonego materiału dowodowego, Izba ustaliła, że w dniu 25 marca 2020 roku wykonawca ZPH K. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany do złożenia dokumentów, m.in. w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego:

a) certyfikat (świadectwo) oraz raport z badań (sprawozdanie) potwierdzający zgodność kotła z normą PN-EN 303-5:2012 (lub równoważną) oraz certyfikat (świadectwo) potwierdzający spełnianie wymagań klasy 5 kotła - wydane przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp,

b) karta techniczna kotła na biomasę (specyfikacja techniczna producenta) obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez piec parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1d do SIWZ, zgodnie z pkt. 2 projektu,

W zakresie certyfikatów i raportów z badań wydawanych przez jednostki oceniające zgodność Zamawiający informuje, że akceptuje odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku, gdy dany Wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu Wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany Wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia (art. 30 b ust. 4 ustawy Pzp).

Odpowiadając na wezwanie ZPH K. złożył:

1) Zaświadczenie Instytutu Energetyki Instytutu Badawczego dla kotła wodnego SKP BIO 16 spełniającego wymogi ekoprojektu określone w Rozporządzeniu Komisji UE

2015/1189 w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE

w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwa stałe, wydane 21-10-2016. Zaświadczenie wydano na podstawie wyników badań laboratoryjnych

w sprawozdaniu nr 86/15-LG;

2) Zaświadczenie Instytutu Energetyki Instytutu Badawczego dla kotła wodnego SKP BIO 20 spełniającego wymogi ekoprojektu określone w Rozporządzeniu Komisji UE

2015/1189 w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE

w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwa stałe, wydane 21-10-2016. Zaświadczenie wydano na podstawie interpolowanych wyników badań

laboratoryjnych w sprawozdaniach: nr 128/14-LG i 86/15-LG

3) Zaświadczenie Instytutu Energetyki Instytutu Badawczego dla kotła wodnego SKP BIO 25 spełniającego wymogi ekoprojektu określone w Rozporządzeniu Komisji UE

2015/1189 w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE

w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwa stałe, wydane 21-10-2016. Zaświadczenie wydano na podstawie interpolowanych wyników badań

laboratoryjnych w sprawozdaniu: nr 128/14-LG;

4) Zaświadczenie Instytutu Energetyki Instytutu Badawczego dla kotła wodnego SKP BIO 35 spełniającego wymogi ekoprojektu określone w Rozporządzeniu Komisji UE

2015/1189 w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE

w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwa stałe, wydane 21-10-2016. Zaświadczenie wydano na podstawie interpolowanych wyników badań

laboratoryjnych w sprawozdaniu: nr 128/14-LG i 87/15-LG;

5) Kartę techniczną dla kotłów na biomasę, typoszeregu SK BIO, gdzie przy kole SK BIO 35 przy parametrze znamionowa moc cieplna kotła dodano komentarz, że moc kotła

ograniczona elektronicznie.

Po wniesieniu odwołania przez innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, Wykonawca złożył dodatkowo:

1) Sprawozdanie z badań nr 86/15-LG dla kotła typu 16 przeprowadzone przez Instytut

Energetyki Instytut Badawczy wydane w listopadzie 2015 r.;

2) Sprawozdanie z badań nr 209/17-LG dla kotłów typu SKP BIO 20 i 35

przeprowadzone przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy wydane w listopadzie 2017 r.

3) Sprawozdanie z badań nr 128/14-LG dla kotłów typu SKP BIO 16, 25 i 50

przeprowadzone przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy wydane w listopadzie 2015 r.

4) Sprawozdanie z badań nr 210/17-LG dla kotłów typu SKP BIO 20 i 35

przeprowadzone przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy wydane w grudniu 2017 r.

5) Zaświadczenie Instytutu Energetyki z 28 marca 2019 roku, że typoszeregi kotłów o mocach nominalnych 16,20,25,35 oraz 50 kW zostały przebadane i spełniają wymogi klasy 5 wg normy PN-EN 303-5:2012 oraz spełniają wymogi ekoprojektu określone Rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/189. Badania zostały potwierdzone Sprawozdaniami z badań. W związku z wejściem w życie Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w listopadzie 2017 roku zostały

przeprowadzone badania uzupełniające potwierdzające zgodność konfiguracji kotła

SKP BIO z obowiązującymi przepisami. Badania te potwierdzone zostały certyfikatem o numerze OS/560/CUE/18. Kotły o mocach nominalnych 16,2025,35, 50 kW są zgodne z wymogami rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z 21 lutego 2019r. Nie ma żadnych przeciwwskazań aby typoszereg kotłów posiadał różne konfiguracje. W gestii producenta pozostaje określenie sposobu identyfikacji produkowanych urządzeń.

Następnie wykonawca został w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwany do uzupełnienia dokumentów - wymaganego w pkt 8.7.3 ppkt g) SIWZ - raportu z badań (sprawozdania) potwierdzającego zgodność kotła z normą PN-EN 303-5:2012 (lub równoważną) wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp bowiem nie został on przedstawiony w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty i treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wyjaśnienie następującej rozbieżności: Zamawiający w odpowiedziach do pytań z dnia 28.11.2019 roku „Zestaw pytań z dnia 06.11.2019 strona 35 odpowiedź do pytania nr 65 odpowiedział: „Zamawiający potwierdza, że oczekuje kotłów wykonanych w oparciu o normę 303:5-2012 lub równoważną, a więc w zakresie modulacji 30 - 100 % mocy nominalnej". Oferent w karcie katalogowej dla kotła o mocy nominalnej 12 kW wskazał moc minimalną 4,8 kW co stanowi 40 % mocy nominalnej, jednocześnie dla kotła SKP BIO 35* (moc kotła ograniczona elektronicznie) minimalna moc kotła (30 %) liczona jest od mocy elektronicznie ograniczonej. Prosimy o wskazanie, dla kotłów SKP BIO 16 i 35 od jakiej mocy, zgodnie ze sprawozdaniem z badań, liczona jest moc kotła minimalna?

Na wezwanie Wykonawca złożył wyjaśnienia i dokumenty, w tym:

1) Oświadczył, że Świadectwo 5 klasy nr OS/560/CUE/18 wraz z raportem z badań zostało przesłane pismem z dnia 02.04.2020 r. Na potwierdzenie powyższego załączono pismo z Instytutu Energetyki z dnia 5.09.2019r., potwierdzające, że integralną częścią świadectwa jest raport z badań. Dodatkowo przesyłano pełne sprawozdania badań kotów SKP BIO wraz z wyjaśnieniem dostosowania ich do 5 klasy zgodnie z normą PN-EN 303-5:2012.

2) W piśmie z 5 września 2019 r. Instytut Energetyki potwierdził, że badany w Instytucie typoszereg kotłów SKP BIO spełnia wymogi normy PN EN 303-5:2012 dla 5 klasy co zostało potwierdzone świadectwem OS/560/CUE/18. Potwierdzono również, że integralną częścią świadectwa są raporty nr 128/14-LG; 86/15-LG; 87/15-LG; 209/17-LG; 210/17-LG przedstawiające wyniki badań (tabele wyników badań w formie syntetycznego wyciągu ze sprawozdań), które również potwierdzają zgodność z normą PN EN 303-5:2012 dla 5 klasy w odniesieniu do wartości wymaganych w przedmiotowej normie i stosownych przepisach.

3) Wykonawca wyjaśnił, że zakres modulacji mocy kotłów typu SKP BIO wynosi 30 - 100% mocy nominalnej, zgodnie z normą PN-EN 303-5:2012. W przypadku kotła SKP BIO 16 wynosi od 4,8 kW do 16 kW. W przypadku kotła SKP BIO 35 wynosi od 10,5 kW do 35

kW. Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia, między innymi, moce kotłów na: nie mniej niż 12 kW i nie mniej niż 30 kW. Zaoferowano w to miejsce kotły: SKP BIO 16 o mocy nominalnej 16 kW i SKP BIO 35 kW o mocy nominalnej 35 kW, czyli lepszej od wymaganych i spełniające zapisy SIWZ . Kotły posiadają modulację mocy od 30 - 100%. Zaoferowane kotły posiadają możliwość elektronicznego ograniczenia mocy. Ponieważ Zamawiający określając moc kotła „nie mniej niż" nie określił górnej mocy nominalnej oferowanego kotła i nie zastrzegł że modulacja od 30% do 100% dotyczy wartości mocy 12 kW i 35 kW oferta spełnia wymagania SIWZ z późniejszymi zmianami zawartymi w pytaniach i odpowiedziach.

12 maja 2020 roku Zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty i treści dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane kotły SKP BIO 16 Kw, 20 Kw, 25 Kw i 35 Kw spełniają wymagania złożył między innymi certyfikat zgodności z normą 303-5/12 o nr OS/560/CUE/18 wydany przez Instytut Energetyki w Warszawie oraz następujące raporty z badań będących podstawą wystawienia ww. certyfikatu:

a) 128/14-LG - wydany 22.10.2015 r. dotyczy kotła SKP BIO 25 Kw

b) 86/15-LG - wydany 22.10.2015 r. dotyczy kotła SKP BIO 16 Kw

c) 209/17-LG - wydany 30.11.2017 r. dotyczy kotła SKP BIO 20 Kw

d) 210/17-LG - wydany 20.12.2017 r. dotyczy kotła SKP BIO 35 Kw

Jednocześnie wykonawca złożył dodatkowe wyjaśnienia Instytutu Energetyki z 28.03.2019 r., z których wynika, że kotły objęte certyfikatem przeszły dodatkowe badania w 2017 r. w związku ze zmianami technologicznymi kotłów w typoszeregu SKP BIO. Dodatkowo Zamawiającemu przedstawiono pismo z Instytutu Energetyki z dnia 5 września 2019 r. wskazujące, że podstawą wydania certyfikatu OS/560/CUE/18 były ww. raporty z badań:

a) 128/14-LG - wydany 22.10.2015 r. dotyczy kotła SKP BIO 25 Kw

b) 86/15-LG - wydany 22.10.2015 r. dotyczy kotła SKP BIO 16 Kw

c) 209/17-LG - wydany 30.11.2017 r. dotyczy kotła SKP BIO 20 Kw

d) 210/17-LG - wydany 20.12.2017 r. dotyczy kotła SKP BIO 35 Kw

W efekcie analizy treści tych pism Zamawiający powziął wątpliwości do aktualności raportów z badań dla kotłów 16 Kw i 25 Kw. Jeżeli podstawą wydania certyfikatu OS/560/CUE/18 były - w przypadku kotłów 16 Kw i 25 Kw - raporty z 2015 r., to pismo informujące, że w 2017 wszystkie kotły z typoszeregu SKP BIO przeszły ponowne badania w związku ze zmianami konstrukcyjnymi wskazuje, że te złożone przez wykonawcę dla kotłów 16 Kw i 25 Kw raporty z 2015 r. są już nieaktualne. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności wynikających z pism Instytutu Energetyki z dnia 05.09.2019 r. i 28.03.2019 r., a także udzielenia informacji, czy dla kotłów 16 Kw i 25 Kw były wykonywane badania uzupełniające w 2017 r. w związku ze zmianami technologicznymi typoszeregu, o którym pisze Instytut Energetyki? Jeżeli takie badania były przeprowadzane, to czy zostały wydane sprawozdania z tych badań i jaki był powód ich niezłożenia na wezwanie Zamawiającego w tryba art. 26 ust. 1 a następnie 26 ust. 3 ustawy? Jeżeli takich badań nie przeprowadzono, to jaki był powód ich nieprzeprowadzenia, pomimo zmian technologicznych w całym typoszeregu kotłów (zmiana konstrukcyjna kotła, opisana przez Instytut Energetyki powoduje zmiany w parametrach pracy kotła które oceniane są podczas certyfikacji na normę 303-5/12.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca oświadczył, że Instytut Energetyki w złożonych pismach potwierdził, że oferowane kotły to urządzenia, które spełniają wymogi normy PN-EN 303-5:12. Za treść oświadczeń w pismach odpowiada ich wystawca, jednak w ocenie Wykonawcy w pismach nie zachodzi żadna rozbieżność.

Następnie wskazano, że Instytut Energetyki w Świadectwie/Certyfikacie OS/560/CUE z dnia 17 stycznia 2018 roku potwierdził, że kotły SKP BIO 16 i 26 kW są zgodne z normą PN-EN dla klasy 5 i uwzględniają zmiany technologiczne typoszeregu. Wykonawca nie posiada wiedzy o procedurze badawczej jednak wydane zaświadczenie potwierdza spełnienie wymogów normy.

Wykonawca wyjaśnił, że certyfikat jest dokumentem nadrzędnym i z jego treści

wynika, że ofertowane kotły 16 i 25 kW spełniają wymagania dla kotłów klasy 5, taki dokument został przez Wykonawcę według wymagań SIWZ i kolejnych wezwań złożony.

3 czerwca 2020 roku Zamawiający skierował do Instytutu Energetyki zapytanie z prośbą o wyjaśnienie kwestii odnoszących się do złożonych przez Wykonawcę dokumentów, wraz z dwoma pismami Instytutu.

Zamawiający zaznaczył, że w efekcie analizy treści obu pism powzięto wątpliwości do aktualności raportów z badań dla kotłów 16 Kw i 25 Kw. Jeżeli podstawą wydania certyfikatu OS/560/CUE/18 były - w przypadku kotłów 16 Kw i 25 Kw - raporty z 2015 r., to pismo informujące, że w 2017 wszystkie kotły z typoszeregu SKP BIO przeszły ponowne badania w związku ze zmianami konstrukcyjnymi wskazuje, że te złożone przez wykonawcę dla kotłów 16 Kw i 25 Kw raporty z 2015 r. są już nieaktualne.

W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do Instytutu Energetyki z prośbą o:

a) wyjaśnienie rozbieżności wynikających z pism z dnia 05.09.2019 r. i 28.03.2019 r.;

b) udzielenia informacji, czy dla kotłów 16 Kw i 25 Kw były wykonywane badania uzupełniające w 2017 r. w związku ze zmianami technologicznymi typoszeregu, o których pisano?

c) jeżeli takie badania były przeprowadzane to czy zostały wydane sprawozdania z tych badań?

d) jeżeli takich badań nie przeprowadzono, to jaki był powód ich nieprzeprowadzenia, pomimo zmian technologicznych w całym typoszeregu kotłów?

26 czerwca 2020 roku Instytut udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, że nie widzi rozbieżności między pismami z dnia 5/09/2019 i 28/03/2019. Typoszereg kotłów SKP BIO o mocach nominalnych 16, 20, 25, 35 i 50 kW został przebadany w Instytucie i spełnia wymogi normy PN EN 303-5:2012 dla 5 klasy, co zostało potwierdzone Świadectwem nr

OS/506/CUE/18 z 2018 roku. Po analizie dokumentacji badawczo-konstrukcyjnej Instytut

sierdził, że kotły są zgodne z wymogami Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z 21/02/2019 r. Zmiany konstrukcyjne polegające na wprowadzeniu wodnej podłogi w kotle, zastąpienie rusztów płytą ceramiczną nie są istotnymi zmianami wpływającymi na zanieczyszczenie gazowe, emitowane z kotłów.

25 czerwca 2020 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części 4 zamówienia, uznając za taką ofertę Zakładu Produkcyjno Handlowego S. K. z siedzibą w Klikawie, z ceną ofertową: 3.328.348,32 zł brutto.

Odwołanie od tej czynności złożył wykonawca Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, kwestionując wybór oferty najkorzystniejszej. Ostatecznie odwołanie to zostało wycofane, a postępowanie odwoławcze umorzone.

W dniu 21 lipca 2020 roku wykonawca Flexi Power złożył do Zamawiającego zawiadomienie o czynności niezgodnej z ustawą, nawiązując do treści wycofanego odwołania wnoszono o unieważnienie wyboru dla części 4 zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert, wobec faktu, że Sanito w swoim odwołaniu wykazała zasadne podstawy odrzucenia oferty S. K. Zakład Produkcyjno - Handlowy, a utrzymanie czynności w mocy naraża Zamawiającego na przeprowadzenie postępowania w sposób wadliwy.

3 sierpnia 2020 roku Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 4 zamówienia. Zamawiający poinformował, że zdecydował, iż w tym zakresie niezbędne jest przeprowadzenie dodatkowych czynności w postępowaniu.

W tym samym dniu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcy ZPH K. do uzupełnienia karty katalogowej dla każdego z oferowanych kotłów o następujące informacje:

1) czy oferowane kotły są wyposażone w malowany proszkowo zbiornik paliwa o pojemności minimum 250 dm3;

2) czy kotły posiadają palnik z mechanicznym zgarniaczem szlaki uruchamianym cyklicznie z automatyki kotła;

3) czy kotły posiadają funkcje:

- sterowanie podajnikiem,

- sterowanie wentylatorem nadmuchowym,

- sterowanie pompą centralnego ogrzewania c.o.

- płynne sterowanie zaworem mieszającym

- sterowanie pompą c.w.u.,

- sterowanie dwoma pompami dodatkowymi (dodatkowa pompa c.o., c.w.u, powrotu, podłogowa lub cyrkulacyjna),

- sterowanie tygodniowe,

- współpraca z regulatorem pokojowym z komunikacją tradycyjną (dwustanową) lub wyposażonym w komunikację RS;

- możliwość podłączenia modułu GSM z możliwością sterowania funkcjami sterownika za pomocą telefonu komórkowego,

- możliwość podłączenia dwóch dodatkowych modułów sterujących zaworami.;

- możliwość podłączenia modułu Internet,

- funkcja trybu ECO zapewniająca automatyczne wygaszanie kotła przez regulator pokojowy w momencie dogrzania domu do zadanej temperatury,

4) czy palnik paliwa posiada zabezpieczenie przeciwwybuchowe (skuteczne zabezpieczenie cofania płomienia i przegrzaniem palnika).

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył Kartę techniczną kotła na biomasę - uzupełnienie/ Podstawowe dane techniczno - eksploatacyjne kotłów typoszeregu SKP BIO.

W dniu 6 sierpnia 2020 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownie za taką uznając ofertę Zakładu Produkcyjno Handlowego S. K., Klikawa, z ceną ofertową: 3.328.348,32 zł brutto, czasem reakcji przeglądu gwarancyjnego na wezwanie: 3 dni robocze od momentu zgłoszenia oraz okresem gwarancji na wykonane prace instalacyjne: 70 miesięcy.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu jako niezasadne.

W ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZPH S. K., jako niezgodnej z SIWZ w zakresie parametru minimalnego „Źródłem ciepła będą kotły stalowe opalane biomasą z automatycznym zasypem paliwa, w zakresie mocy od 12 do 30 kW (rozdział 2, str. 9 OPZ - załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę)".

W konstrukcji zarzutu Odwołujący zdaje się pomijać istotne informacje ujęte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Owszem, w rozdziale 2 OPZ 9strona 9) Zamawiający wskazał, że „Źródłem ciepła będą kotły stalowe opalane biomasą z automatycznym zasypem paliwa, w zakresie mocy: od 12 do 30 kW". Jednocześnie w tabela na stronach 10 do 13 OPZ Zamawiający w ramach wymagań szczegółowych dla kotłów podał, że „Znamionowa moc cieplna wynosić ma nie mniej niż 12 kW, nie mniej niż 16 kW, nie mniej niż 20 kW, nie mniej niż 25 kW i nie mniej niż 30 kW". Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego zakres nie został określony sztywno, w przedziale od 12 do 30

kW, ale Zamawiający podał wartości minimalne, w przedziale od co najmniej 12 kW do co najmniej 30 kW. Dopuszczalne było więc zaoferowanie piecy o wyższej mocy niż tylko 30 kW. Stanowisko to dodatkowo potwierdzają udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 11 grudnia 2019 roku (zestaw nr 27) na pytania, w tym pytanie nr 3. Zamawiający wprost wyraził opinię o dopuszczalności zaoferowania kotła o większej mocy cieplnej oraz potwierdził, że określił parametry na poziomie minimalnym.

Jeżeli Przystępujący ZPH K. zaoferował piec o znamionowej mocy cieplnej 35 kW, to postąpił dokładnie z instrukcją i wymaganiami Zamawiającego. Użyte w formularzu ofertowym i na karcie katalogowej wyrażenie „Znamionowa moc kotła - 30* - *Moc kotła ograniczona elektronicznie" odnosi się w ocenie Izby do wymagań minimalnych Zamawiającego.

Izba w żadnej mierze nie podziela zarzutów odwołania, iż urządzenia zaoferowane przez Przystępującego ZPH K. nie zostały przebadane zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 303-5:2012. Jak wykazał Zamawiający i Przystępujący badania dla kotła prowadzone są w zakresie 30% do 100% mocy nominalnej. Przeprowadzenie badań w takim zakresie potwierdzają złożone przez Przystępującego Raporty z badań i Świadectwo nr OS/560/CUE/18. Zupełnie niezrozumiałe są dla Izby dywagacje odwołania, że skoro zaoferowano piec o niższej mocy 30 kW, to dla takiej mocy należało w zakresie 30 d0 100% przedstawić badania. Jeszcze raz dostrzeżenia i podkreślenia wymaga, że znamionowa moc nominalna oferowanego pieca wynosi 35 kW. Jest to zgodne z opisem przedmiotu

zamówienia, a badania i certyfikat potwierdzają zgodność z normą. Świadectwo i raport z badań obejmują ważnością kocioł pracujący w przedziale 10,5 kW do 35 kW, a więc także w zakresie minimalnym 30 kW określonym przez Zamawiającego. Izba nie mogła wziąć pod uwagę przy ocenie zasadności zarzut pisma złożonego przez Odwołującego z dnia 3 września 2020 roku w przedmiocie metodologii wykonywania badań kotłów (...) zgodnie z normą PN-EN 303:5-2012. Po pierwsze pismo to wystawione jest na rzecz bliżej niezidentyfikowanego podmiotu, nie związanego w żaden sposób z przedmiotowym postępowaniem. Po drugie, treść tego pisma nie przemawia za zasadnością zarzut. Opinia ta przedstawia kolejne etapy procesu badawczego w przypadku typoszeregu kotłów, określa w jakim zakresie normy przeprowadza się badania i do czego służą wyniki takich badań. Generalnie z wynikiem, podsumowaniem tej opinii zgadzały się wszystkie strony sporu przed Izbą, w żadnej jednak mierze przedstawione wnioski nie odnoszą się do kotłów zaoferowanych przez Przystępującego i do złożonych przez niego dokumentów. Jeżeli zaś celem Odwołującego było

Poddając analizie zarzut niespełnienia przez urządzenie SKP BIO 16 parametru minimalnego „Wymagane jest, aby kotły zostały wykonane w klasie 5 efektywności energetycznej i emisyjności wg Normy PN-EN 303.5-2012 oraz spełniające wymagania Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe (rozdział 2, str. 9 OPZ - załącznik nr 1d opis przedmiotu zamówienia (kotły na biomasę)", dostrzeżenia w pierwszej kolejności wymaga, iż Odwołujący FlexiPower ograniczył się do twierdzeń własnych, nie przedstawiając materiału dowodowego.

Przystępujący w wyniku wezwań Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przedstawił szereg dokumentów, w tym świadectwo OS/560/CUE/18 wydane przez Instytut Energetyki co do zgodności z wymogami normy kotłów o mocach 16,20,25,35,50 kW, zaświadczenia wydane przez instytut Energetyki dla poszczególnych typów kotła o spełnianiu wymogów ekoprojektu (ecodesign), zaświadczenia Instytutu Energetyki potwierdzające spełnienie wymogów 5 klasy efektywności energetycznej i emisyjnej, szczegółowe sprawozdania z badań oraz dodatkowe wyjaśnienia samego Instytutu potwierdzające aktualność wydanych zaświadczeń i wyjaśniające szczegółowo, dlaczego nie jest konieczne wystawianie nowych dokumentów. Tak świadectwo, jak również pozostałe dokumenty odnoszą się do urządzenia SKP BIO 16.

Zamawiający w procesie badania i oceny ofert, podobnie jak Izba przy ocenie zasadności zarzutów wniesionego odwołania bazować może na informacjach wynikających z oficjalnych dokumentów lub oświadczeń złożonych przez wystawców takich dokumentów.

Instytut Energetyki kilkukrotnie w przedmiotowym postępowaniu złożył oświadczenie, że wydane przez jednostkę dokumenty i przeprowadzone badania zachowują ważność, zgodne są z wymogami przepisów powszechnie obowiązujących, potwierdzono zgodność z normą PN-EN 303-5:2012. Odwołujący ograniczył się do twierdzeń, nie przedstawiając innych dowodów.

Jeżeli zaś celem Odwołującego było wykazanie błędów w działaniach jednostki badawczej, metodologii prowadzenia badań, wydawania certyfikatów i sporządzania

raportów z badań, to zauważyć należy, iż ocena taka nie leży w gestii Krajowej Izby Odwoławczej. W kognicji Izby nie leży stwierdzanie prawidłowości działań innych instytucji, w tym instytucji o charakterze badawczym. A jak zauważył sam Odwołujący na rozprawie właściwą do stwierdzenia nieprawidłowości w działaniach jednostki badawczej jest jednostka nadrzędna - akredytowana instytucja certyfikująca. Zadaniem Izby jest zbadanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz czy przedstawiono dokumenty podmiotowe lub przedmiotowe potwierdzające spełnianie ustalonych warunków udziału, tak co do podmiotu ubiegającego się o zamówienie oraz w odniesieniu do oferowanego przez taki podmiot przedmiotu oferty. Przystępujący ZPH K. przedstawił wymagane dokumenty przedmiotowe.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 171 w zw. z art. 169 ust. 1 w zw. z art. 168 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska w zw. z § 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 1 sierpnia 2017 r. w sprawie wymagań dla kotłów na paliwo stałe w zw. z art. 3 ust. 1 i 2. oraz z pkt lit. f załącznika II do Rozporządzenia Komisji (UE) 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla kotłów na paliwo stałe poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZPH S. K., pomimo oczywistej niezgodności zaoferowanych dostaw z przepisami obowiązującego prawa w zakresie, w jakim kotły z typoszeregu SKP BIO nie powinny zostać dopuszczone do obrotu jako niezapewniające wymagań ochrony środowiska, tj. emisji tlenków azotu, wyrażonych jako ekwiwalent dwutlenku azotu, dotyczące sezonowego ogrzewania pomieszczeń nieprzekraczającej 200 mg/m3 w przypadku kotłów na biomasę, kluczowa wydaje się w ocenie Izby następująca kwestia dla zasadności tego zarzutu. Z niezbyt spójnych i chaotycznych wywodów odwołania zdaje się płynąć teza, iż Odwołujący kwestionuje możliwość wprowadzenia do obrotu kotłów oferowanych przez Przystępującego jako regułę o charakterze generalnym. Jeżeli tak, to nie jest to kwestia, o której decyduje Krajowa Izba Odwoławcza. Jak wskazał sam Odwołujący organem właściwym, wydającym przepisy wykonawcze jest Minister Przedsiębiorczości i Technologii, który określa warunki dopuszczenia do obrotu. O spełnieniu tych warunków nie może orzekać Krajowa Izba Odwoławcza. Nie jest ona również właściwa do stwierdzenia, czy wszystkie wymogi przepisów powszechnie obowiązujących określone przez właściwego ministra zostały spełnione. Za potwierdzenie spełnienia tych wymogów odpowiadają inne organy i instytucje i ich stanowisko potwierdzające spełnienie takich wymogów ujęte w odpowiednio wydanych certyfikatach i zaświadczeniach jest dla Izby wiążące. Zgodnie natomiast z art. 168b ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska, kontrolę spełniania przez wprowadzony do obrotu kocioł na paliwo stałe o znamionowej mocy cieplnej nie większej niż 500 kW wymagań określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 169 ust. 1 prowadzą właściwe organy Inspekcji Handlowej na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o Inspekcji Handlowej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1668 i 2166 oraz z 2020 r. poz. 285).

Abstrahując jednak od poprawności konstrukcji zarzutu odwołania, Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek materiału dowodowego poważającego stanowisko określone przez jednostkę badawczą w wydanym certyfikacie, który przedłożył Zamawiającemu Przystępujący ZPH K. . Odwołujący także na rozprawie w żaden sposób nie odniósł się do stanowiska pisemnego Przystępującego o mylnym przyjęciu w odwołaniu parametrów tlenku azotu dla wartości pomiaru dopuszczalnego Rozporządzeniem Komisji (UE) 2015/1189 oraz do postanowień samego Rozporządzenia określającego metodę prowadzenia badań i podającego wzory dla wyliczeń dopuszczalnych wartości dla poszczególnych związków. Wyliczenia z objaśnieniem metodologii badania i działań obliczeniowych przedstawione przez Przystępującego ZPH K., oparte o wyjaśnienia Instytutu Energetyki, izba uznaje za wiarygodne. Merytoryczna wartość tych dokumentów nie została przez odwołującego w żaden sposób podważona. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, iż przedstawiony w oświadczeniu Instytutu sposób wyliczeń jest zbieżny z założeniami ujętymi w treści Rozporządzenia (UE), którego wyciąg złożył Zamawiający. Uzyskane wyniki wyliczeń przedstawione w oświadczeniu odpowiadają tym ujętym w raportach/sprawozdaniach z badań, które złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia Przystępujący. Co istotniejsze jednak, w ocenie Izby, wyniki te odpowiadają również wymogom przepisów prawa, do których odnosiły się zapisy SIWZ. Z tych powodów Izba nie uznała zasadności przedmiotowego zarzutu.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania i uznała, że podlegało ono oddaleniu w całości.

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 na podstawie § 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).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: .....