Sygn. akt: KIO 745/20

WYROK

z dnia 3 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 czerwca2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2020r. przez wykonawcę Solartime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Załęska 106B w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu, ul. Bulwarowa 9
przy udziale FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą Kudrowice 12 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 745/20 po stronie zamawiającego

przy udziale Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 476 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 745/20 po stronie zamawiającego

orzeka :

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Solartime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Załęska 106B i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Solartime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Załęska 106B

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcę Solartime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Załęska 106B na rzecz zamawiającego Gmina Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu, ul. Bulwarowa 9 kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

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) 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 745/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Montaż instalacji odnawialnych źródeł energii na terenie Gmin: Nowy Targ, Miasta Nowy Targ, Czorsztyn, Łapsze Niżne, Brzesko, Alwernia, Babice, Chrzanów, Libiąż oraz Trzebinia” zostało

wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2019r. za numerem 2019/S 205-498832.

W dniu 1 kwietnia 2020r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Solartime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie - dalej odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 6 kwietnia 2020r. odwołanie wniósł odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS odwołującego i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 kwietnia 2020r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. 7 ust. 1 ustawy przez wprowadzające w błąd określenie warunków technicznych materiałów zawartych w Opisie przedmiotu zamówienia,

2. art. 11c w zw. z 11 ust. 7-7d i art. 11a ustawy przez brak publikacji w sprostowaniu z dnia 28 listopada 2019 r. zmian parametrów technicznych materiałów,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego,

4. naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu szerokości zasobnika 400 litrów przy jednoczesnym zaakceptowaniu ofert bazujących na takim samym zasobniku o takiej samej szerokości,

5. naruszenie zasady równego traktowania poprzez wzywanie do złożenia wyjaśnień wyłącznie odwołującego, podczas gdy okoliczności wynikające z wezwania dotyczyły także innych wykonawców.

Wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,

- zobowiązanie zamawiającego do kontynuowania postępowania i wyboru najkorzystniejszej

oferty,

- zasądzenie kosztów postępowania, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniósł , że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w załączniku nr 1a „Opis Przedmiotu Zamówienia" określała wymagania techniczne. W „Wymaganiach dla zasobnika ciepłej wody użytkowej" (strona 19 OPZ) Zamawiający w formie tabelarycznej określił wymiary zasobnika w następujący sposób:

Wymiary:

Pojemność 200l: maksymalna wysokość 1,45m, maksymalna szerokość 0,7m, 300l: maksymalna wysokość 1,55m, maksymalna szerokość 0,75m, 400l: maksymalna wysokość 1,7m, maksymalna szerokość 0,85m

Dla wykonawców było więc oczywiste, że maksymalna szerokość zasobnika o pojemności 400 litrów wynosi 85 centymetrów (0,85m).

W piśmie z dnia 28 listopada 2019 r. zamawiający przekazał treść zapytań dotyczących Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), wraz z udzielonymi odpowiedziami.

W zakresie wymiarów zasobnika pojawiło się tylko jedno pytanie (Zestaw pytań z dnia 6 listopada 2019 r.: /ZESTAW NR 12/). Pytanie nr 3 (str. 23) dotyczyło doprecyzowania maksymalnej wysokości i szerokości zasobnika 500 litrów. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że wysokość zbiornika 500 l nie powinna być większa niż 1,95 m. Żadne z zadanych pytań nie dotyczyło wymiarów zasobnika 400 l. Kwestia ta dla wszystkich wykonawców była bezsporna gdyż - jak wyżej wskazano - wymiary tego zasobnika zostały jasno określone w ten sposób, że maksymalne wysokość nie mogła przekraczać 1.7 m, a maksymalna szerokość 0,85 m.

Odwołujący podkreślił, że w pytaniu nr 4 (str. 3) zadanym w ramach Zestawu pytań z dnia 6 listopada 2019 r.: /ZESTAW NR 10/ pojawiło się wyraźne określenie przez pytającego wykonawcę szerokości zasobnika 400 l na 0,85 m. Zamawiający udzielając odpowiedzi nie zakwestionował podanych przez wykonawcę wymiarów. Należy zatem uznać, że po raz kolejny potwierdził parametry rozmiarów a w szczególności jego szerokość.

W pkt B. powołanego pisma zamawiający poinformował, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

Dodatkowo w pkt D. zamawiający zapewnił, że „W związku z udzielonymi odpowiedziami na powyższe pytania, zamawiający udostępnia ujednolicone opisy przedmiotu zamówienia w zakresie wszystkich części zamówienia, które stanowią załączniki do niniejszego pisma". Jednocześnie w pkt H. zamawiający zapewnił, iż „pozostała treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostaje bez zmian".

Powyższa treść pisma w sposób oczywisty wskazuje, że ujednolicone wersje dokumentów odzwierciedlają zmiany wynikające z zadanych pytań i udzielonych odpowiedzi. Takie zapewnienia pozwalają na wyciągnięcie logicznego wniosku, że w pozostałym zakresie, w którym pytań nie zadawano, SIWZ nie została zmieniona. Wynika to w sposób jednoznaczny z treści pisma. Dodatkowym potwierdzeniem tej okoliczności jest treść sprostowania. W przedstawionych zmianach nie wykazano modyfikacji dotyczącej szerokości zasobnika 400 l. Załącznik nr 1a w ogóle nie jest powołany.

Tymczasem w ujednoliconej części 3 OPZ Zamawiający dokonał zmiany wymiarów zasobnika 400 l, pomimo, że żaden z wykonawców o to nie wnioskował, ani nawet o to nie pytał. Dodatkowo wymiary zasobnika 500 l zostały podane inaczej niż w udzielonej odpowiedzi (1,85 zamiast 1,95).

Jako dowód odwołujący powołał:

Opis przedmiotu zamówienia (załącznik 1a),

pismo zamawiającego z dnia 28 listopada 2019 r.,

sprostowanie z dnia 28 listopada 2019 r. przekazane do publikacji.

Pismem z 3 marca 2020 r. r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie różnicy

w szerokości zasobnika pomiędzy zmodyfikowaną SIWZ a przesłanej przez odwołującego instrukcji obsługi zawierającą specyfikację techniczną produktu.

Odwołujący w dniu 5 marca 2020 r. udzielił odpowiedzi, w której przedstawił swoje stanowisko opisane powyżej. Zwrócił uwagę na nieprawidłowości w działaniu zamawiającego. Wskazał, że działający w dobrej wierze wykonawcy, mając zaufanie do zamawiającego mieli prawo założyć, że poza modyfikacjami wynikającymi z odpowiedzi, żadne inne elementy SIWZ w tym OPZ nie uległy zmianie.

Pomimo wskazanych błędów pismem z dnia 1 kwietnia 2020 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Jako dowód odwołujący powołał :

pismo zamawiającego z 3 marca 2020 r.,

pismo odwołującego z 5 marca 2020 r.,

pismo z dnia 1 kwietnia 2020 r. - odrzucenie oferty.

Postępowanie zamawiającego w niniejszej sprawie zdaniem odwołującego stanowi naruszenie prawa. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób udzielania odpowiedzi oraz zmian dokonywanych w SIWZ a także publikacji zmian.

W rozdziale 2 prawa zamówień publicznych przedstawiono zasady postępowania. W artykule 7 ust. 1 wskazano m. in. na zasadę przejrzystości. Celem przejrzystości postępowania jest wyeliminowanie możliwości popełnienia błędów przez wykonawców i zamawiających.

Zarówno specyfikacja istotnych warunków zamówienia określająca prawa i obowiązki stron jak również wszelkie jej modyfikacje powinny zostać sporządzone w sposób jednoznaczny, tj. niebudzący wątpliwości. Dotyczy to nie tylko samej treści specyfikacji. Powołany art. 7 ust. 1 mówi o przejrzystości w całym postępowaniu. Cóż bowiem byłaby warta przejrzysta specyfikacja jeżeli innymi działaniami np. sposobem publikacji zamawiający tę zasadę by

naruszył. W niniejszym postępowaniu zamawiający złamał reguły przejrzystości kilkakrotnie.

Pomimo, że w zadawanych pytaniach nie pojawiała się kwestia szerokości zbiornika 400 litrów zamawiający zmienił wymiary tego zbiornika w OPZ. W piśmie ogłoszeniowym zapewnił jednocześnie, że zmiany wynikają wyłącznie z pytań i żadne inne zmiany nie zostały

wprowadzone. Żeby dopełnić zakres naruszeń w sprostowaniu zmian całkowicie pominął zmiany wprowadzone w załączniku nr 1a dotyczące materiałów.

Zgodnie z wyrokiem TSUE z 6 listopada 2014 r. (sprawa C-42/13 Cartiera dell'Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA) „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia".

W wyroku z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15, Sąd Okręgowy w Nowym Sączu podniósł, że „zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy".

Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 października 2013 r., KIO 2260/13 „Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu".

W świetle cytowanych wyroków, będących wyborem z wielu orzeczeń uznających, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędów lub niejasności zapisów specyfikacji należy uznać, że zapisy dotyczące szerokości zasobnika 400 l są dwuznaczne i nieprecyzyjne.

Przytoczone wyżej okoliczności w świetle powołanych orzeczeń świadczą jednoznacznie, że w niniejszej sprawia doszło do naruszenia zasady przejrzystości.

Druga kategoria naruszeń dotyczy oceny ofert dokonanych przez zamawiającego. Firmę Solartime wezwano o wyjaśnienie rozbieżności w szerokości zasobnika a następnie odrzucono jej ofertę. Rygoryzmu zastosowanego wobec odwołującego nie doświadczyli inny oferenci. Dotyczy to w szczególności Flexipower Group sp. z o.o. sp. k. Wymieniony podmiot w złożonej ofercie zaproponował ten sam zasobnik tj. model: SGW(S)B 400 klasa A firmy Galmet. W ofercie Flexipower zasobnik firmy Galmet jest wymieniony osiem razy (str. 3 pozycja 3 i 5, str. 4 pozycja 8, str. 5 pozycja 13, str. 6 pozycja 20, str. 7 pozycja 29, str. 8 pozycja 41 oraz str. 9 pozycja 44). Odwołujący przypomniał, że zasobnik SGW(S)B 400 klasa A ma szerokość osiemdziesiąt pięć centymetrów (0,85m). Wynika to w sposób oczywisty z instrukcji obsługi i montażu podgrzewacza (wymiennika) c.w.u. typ SGW(S)B (strona 8). Średnica zewnętrzna dla zbiornika 400 l wynosi 850 mm.

Dodatkowo zamawiający znał parametry techniczne zasobnika gdyż prowadził korespondencję bezpośrednio z firmą Galmet.

Jako dowód odwołujący powołał: ofertę Flexipower Group sp. z o.o. sp. k., instrukcję obsługi i montażu podgrzewacza (wymiennika) c.w.u., typ SGW(S)B klasa A firmy Galmet. Odwołujący wskazał, że wspomniany zasobnik jest taki sam jak zaoferowany przez odwołującego. W przypadku Solartime zasobnik SGW(S)B 400 klasa A firmy Galmet został uznany za niespełniający wymogów specyfikacji.

W przypadku innych wykonawców a w szczególności Flexipower Group ten sam zasobnik SGW(S)B 400 klasa A firmy Galmet spełnia wymogi SIWZ.

Przedstawione okoliczności zdaniem odwołującego w sposób oczywisty wskazują, że zamawiający dopuścił się naruszenia fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych tj. równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W wyroku KIO z 11 stycznia 2011 r. (KIO/UZP 2824/10), stwierdzono, że: „Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania." Dodatkowo powołał wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2016 r. (KIO 2180/16). Działania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu świadczą o rażącym naruszeniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Po pierwsze tylko odwołujący został wezwany do wyjaśniania rozbieżności pomiędzy szerokością zasobnika 400 l podaną w zmienionej SIWZ a wymienionym w ofercie. Po drugie wyłącznie oferta odwołującego została odrzucona z powodu braku zgodności treści oferty złożonej przez wskazanego wykonawcę z zapisami zmodyfikowanej specyfikacji.

W dniu 7 kwietnia 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 8 kwietnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach 12 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uczestniczył w postępowaniu jako wykonawca, a jego oferta podlegała ocenie. Odrzucenie oferty Solartime otwiera przystępującemu szansę na uzyskanie zamówienia, nadto odwołanie bezpośrednio odnosi się do oferty przystępującego i może wywołać bezpośredni wpływ na decyzje zamawiającego jakie mogą być podjęte na skutek wyjaśnienia odwołania. Powołał wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015r. sygn. akt KIO 2575/15. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu komplementariusza spółki, upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z załączonymi odpisami z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 8 kwietnia 2020r.

W dniu 10 kwietnia 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie oczekiwań odwołującego naruszałoby przepisy obowiązującego prawa i prowadziłoby do podjęcia czynności niezgodnych z ustawą, a to uniemożliwiłoby przystępującemu równą konkurencję i ewentualne uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na niezasadność argumentacji i zarzutów. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 kwietnia 2020r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu upoważnionego w dacie wystawiania pełnomocnictwa do samodzielnej reprezentacji przystępującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu10 kwietnia 2020r.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wnosili o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zamieszczania sprostowania ogłoszeń jako spóźnionych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień siwz wraz z modyfikacjami, instrukcji obsługi i montażu podgrzewacza c.w.u. typ SGW (S) B pionowy firmy Galmet, wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, udzielonych wyjaśnień, informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, oferty przystępującego FlexiPower Group, dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pkt. 4.2.1 siwz opisał zamówienie dotyczące instalacji kolektorów słonecznych wraz z zasobnikami, w tym o pojemności 400l. W pkt. 4.4 siwz zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne w zakresie norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji, a także znaków towarowych, oznakowani czy posiadania certyfikatów oraz KNR i KNNRów. Zamawiający w zakresie równoważności wymagał zachowania minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych i wymaganego standardu dopuszczając parametry techniczne i jakościowe podobne lub lepsze. W celu wykazania zgodności przedmiotu oferty z zamówieniem zamawiający oczekiwał złożenia certyfikatów SOLAR KEYMARK lub równoważne, lub certyfikatu zgodności z normą PN-EN 12975-1 lub normą PN-EN ISO 9806 lub równoważną oraz karty technicznej (specyfikacja te3chniczna producenta) kolektora i zasobnika obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku nr 1a do siwz zgodnie z pkt. 1.2. dla kolektora i 2.2 dla zasobnika.

Z załącznika nr 1a do siwz w zakresie zasobnika wynika, że nie ma pkt. 2.2., ale tę rozbieżność skorygowano wyjaśnieniami z dnia 14 listopada 2019r. W pkt. 3.3. w części „Wymagania dla zasobnika ciepłej wody użytkowej wynika, że zasobnik o pojemności 400l miał mieć maksymalną wysokość 1,7 i maksymalną szerokość 0,85.

Z wyjaśnień treści siwz z dnia 28 listopada 2019r. wynika, że w zestawie pytań z dnia 6 listopada 2019r. /Zestaw10/ w pytaniu 4 zapytujący pytał o błędnie w jego ocenie podane współczynniki przenikania ciepła i postawienie jednoznacznego i jasnego wymogu co do klasy energetycznej podgrzewaczy, w treści swego pytania przytoczył maksymalną szerokość zasobnika 400l - 0,85m. Zamawiający odpowiedział, że wykreśla zapisy dotyczące

współczynnika przenikania i podtrzymuje wymów klasy energetycznej A dla podgrzewaczy. Przedmiot zamówienia nie został opisany w celu preferowania konkretnego produktu, zaś postawione wymagania wynikając z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Na rynku istnieje wiele produktów spełniających wskazane w siwz wymagania. W zestawie pytań z dnia 6 listopada 2019r. /zestaw 12/ w pytaniu 4 wykonawca wskazał, że zamawiający określił wysokość i szerokość dla zbiorników 200, 300, 400l i prosił o doprecyzowanie jaką maksymalną wysokość i szerokość ma mieć zbiornik 500l - zamawiający odpowiedział wysokość zbiornika 500l nie powinna być większa niż 1,95m.

Zamawiający poinformował, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią siwz i będą wiążące przy składaniu ofert. Jeżeli odpowiedzi udzielone w niniejszym piśmie są inne niż odpowiedzi ujęte w wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie zamawiającego w dniu 14 listopada 2019r., wykonawcy powinni przyjąć, że dokonano modyfikacji stanowiska zamawiającego i wiążące są odpowiedzi zamieszczone w niniejszym piśmie. W związku z udzielonymi odpowiedziami na powyższe pytania, zamawiający udostępnił ujednolicone opisy przedmiotu zamówienia w zakresie wszystkich części zamówienia, które stanowią załączniki do niniejszego pisma. Ponadto zamawiający dokonał także stosownych modyfikacji w treści siwz, projektu umowy ( w zakresie cz. 3 zamówienia) oraz formularza ofertowego. Zmiany te dotyczą min. pomp ciepła przeznaczonych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej. Na powyższych dokumentacji zmienia się moc min. pomp ciepła z 3,17 kW na 2,85 kW. Zmiany te naniesiono kolorem czerwonym na ujednolicone załączniki, które stanowią załączniki do niniejszego pisma. Jednocześnie zamawiający poinformował, że pozostała treść siwz pozostaje bez zmian.

Do wyjaśnień zamawiający dołączył załącznik nr 1a, w którym Wymagania dla zasobnika ciepłej wody użytkowej wynika, że zasobnik o pojemności 400l miał mieć maksymalną wysokość 1,7 i maksymalną szerokość 0,80, oraz zamawiający dodał zasobnik o pojemności 500l o maksymalnej wysokości 1,85m i maksymalnej szerokości 0,85m.

Z instrukcji obsługi i montażu podgrzewacza c.w.u. SGW (S) B pionowego produkcji Galmet wynika na str. 8 pkt. 5.1., że zasobnik o pojemności 400l ma wymiary średnica zewnętrzna 850mm, wysokość z izolacją 1660mm.

Z formularza ofertowego firmy FlexiPower Group wynika, że zaoferował on zasobnik produkcji Galmet model SGW(S) B 4000 klasa A.

Z wezwania do wyjaśnień z dnia 3 marca 2020r. wynika, że zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do wyjaśnienia, że ze specyfikacji technicznej produktu wynika, że średnica zewnętrzna produktu wynosi 850mm, a ze zaktualizowanego na dzień 28 listopada 2019r. załącznika nr 1a do siwz wynika, że zamawiający dopuścił maksymalną szerokość zasobnika 400l :800 mm.

W dniu 5 marca 2020r. odwołujący wskazał, że żadne z pytań na które udzielono odpowiedzi w dniu 28 listopada 2019r. nie dotyczyło wymiarów zasobnika 400l, kwestia ta była bezsporna i jasno wyrażona w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał argumentację w całości zawartą w odwołaniu, która została już przytoczona w rysie historycznym i wskazywała, że zamawiający nie informował o modyfikacji w zakresie szerokości zasobnika 400l i wprowadził tym w błąd odwołującego, a odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji naruszenia przez zamawiającego zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 1 kwietnia 2020r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazując na niewątpliwą, bo potwierdzoną wyjaśnieniami wykonawcy niezgodność treści oferty z treścią siwz w brzmieniu nadanym wyjaśnieniami z dnia 28 listopada 2019r. w zakresie szerokości maksymalnej zasobnika 400l.

Z korespondencji z firmą Galmet wynika, że w dniu 4 marca 2020r. odwołujący pytał producenta o podgrzewacze 400l 1,7/0,8. W dniu 5 marca 2020r. producent odpowiedział, że są to podgrzewacze niestandardowe, a na skutek dalszych dopytań producent wskazał, że załącza kartę zbiornika SGW (S) B 400 klasa A i jest to zbiornik na specjalne zamówienie z elementami importowanymi. Cena jest do ustalenia przez dyrektorów handlowych. W załączeniu zamieszczono kartę wskazująca na średnicę z izolacją 800 mm.

Z pisma firmy Reflex z dnia 2 czerwca 2020r. wynika, że producent oświadczył, że podgrzewacze produkcji Reflex - Winkelmann GmbH typ Storatherm Aqua Solar klasa A -m (AF 200/2_A, AF 300/2_A, AF 400/2_A, AF 500/2_A) nie spełniają wszystkich wymagań siwz.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185

ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na postawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 11c w zw. z 11 ust. 7-7d i art. 11a ustawy przez brak publikacji w sprostowaniu z dnia 28 listopada 2019 r. zmian parametrów technicznych materiałów,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie uznała tego zarzutu za spóźniony, gdyż jest to zarzut związany z zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w ten sposób, że odwołujący zarzucając nieskuteczność wprowadzonej modyfikacji z dnia 28 listopada 2019r. opiera na tej tezie brak skuteczności dokonanej modyfikacji siwz w odniesieniu do badania jego oferty. Tym samym dopiero z chwilą odrzucenia oferty odwołującego pozyskał on wiedzę, że zamawiający uważa dokonaną modyfikację za skuteczną i wiążącą wykonawców i mogącą stanowić podstawę do ustalania zgodności oferty z treścią siwz. Tym samym Izba rozpoznała zarzut merytorycznie. Rozpoznając zarzut merytorycznie Izba zwraca uwagę, że przede wszystkim odwołujący w żaden sposób nie dążył do wykazania, że zmiana parametrów technicznych materiałów jest zmianą istotną w

rozumieniu art. 12a ust. 2 ustawy. Dopiero bowiem w sytuacji zaistnienia takiej zmiany

zamawiający byłby zobligowany do dokonania sprostowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy. Odwołujący przywołał jedynie przepis art. 11 c ustawy i zasady dokonywania publikacji sprostowań wynikające z art. 11 ust. 7 do 7d oraz art. 11a ustawy. Natomiast w rzeczywistości spór sprowadza się do oceny, czym jest określenie przedmiotu zamówienia i czy jakkolwiek zmiana w parametrach przedmiotu zamówienia jest zmianą określenia przedmiotu zamówienia, a co dalej idzie zmianą istotną. Przytoczyć bowiem należy treść art. 12 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 38 ust. 4 - 4a i ust. 6 ustawy, które stanowią, że :

Art. 12 a ust. 1 ustawy -„W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne.”

- przepis art. 12 a ust. 1 ustawy

Art. 12 a ust. 2 ustawy - „Jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania:

1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi

Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu nieograniczonego;

2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.”

Art. 38 ust. 4 ustawy - „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio.”

Art. 38 ust. 4a - „Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający:

1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie

art. 11 ust. 8;

2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie

art. 11 ust. 8."

art. 38 ust. 6 ustawy - Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio."

Izba celowo przytoczyła dokładne brzmienie powyższych przepisów, aby z ich brzmienia wyprowadzić prawidłowy sposób interpretacji tych przepisów. Izba bowiem domyśla się, że odwołujący zinterpretował przepis art. 12a ust. 1 w ten sposób, że każda zmiana specyfikacji wymaga sprostowania ogłoszenia i przedłużenia terminu na składanie ofert, przy czym jeśli zmiana jest istotna, to wówczas dla ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ustawodawca przewidział minimalny czas wydłużenia terminu składania ofert. Jednak taka interpretacja nie uwzględnia treści art. 38 ust. 4- 4a, a w szczególności art. 38 ust. 6 ustawy. Z art. 38 ust. 4 ustawy wynika wprost uprawnienie zamawiającego do dokonywania zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed upływem terminu składania ofert, które to uprawnienie powiązane jest z obowiązkiem publikacji zmiany. Przepis art. 38 ust. 6 ustawy stanowi o zmianach specyfikacji, które nie wymagają zmiany ogłoszenia i mogą, ale nie muszą prowadzić do wydłużenia terminu na składanie ofert. Kryterium oceny czy konieczne jest przedłużenie terminu składania ofert stanowi wówczas okoliczność czy potrzebny jest czas na wprowadzenie zmian w ofertach. Natomiast art. 38 ust. 4a ustawy mówi o zmianach, które prowadzącą do zmiany ogłoszenia. Jak zatem należy wyłożyć przepisy art. 12a ust. 1 i 2 oraz art. 38 ust. 4- 4a i 6 ustawy, aby ustalić w jakich okolicznościach zamawiający musi sprostować ogłoszenie o zamówieniu.

W ocenie Izby interpretacja tych przepisów wygląda w sposób następujący:

W postępowaniu mamy do czynienia z trzema rodzajami zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- zmiany istotne czyli dotyczą określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania - takie zmiany zawsze prowadzą do zmiany terminu składania ofert i to o co najmniej minimalną ilość dni wynikająca z pkt. 1 lub 2 art. 12 a ust. 2 ustawy - odpowiadają one zmianom, o których

mowa w art. 38 ust. 4a ustawy.

- zmiany nieistotne, które należy podzielić na dwie grupy:

a) zmiany wymagające czasu na wprowadzenie zmian do ofert - czyli inne niż wymienione w art. 12 a ust. 2 , ale wymagające sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu składania ofert - art. 12 ust. 1 i art. 38 ust. 6,

b) zmiany nie wymagające czasu na wprowadzenie zmian do ofert, które wymagają jedynie zamieszczenia na stronie internetowej.

W przedmiotowej sprawie zamawiający ocenił zmianę jako zmianę nieistotną, ale wymagającą

czasu na wprowadzenie do ofert, bowiem dla wszystkich zmian wprowadzanych w dacie 28

listopada 20219r. przedłużył termin składania ofert z dnia 2 grudnia 2019r. do dnia 16 grudnia 2019r., a więc o 14 dni, w tym też zakresie dokonał sprostowania ogłoszenia. Tym samym istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytania, czy każda zmiana specyfikacji wymaga sprostowania ogłoszenia i czy w przypadku negatywnej odpowiedzi na to pytanie, to czy zmiana szerokości jednego z rodzajów kotła jest zmianą

dotyczącą określenia przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 12 ust. 2 ustawy.

Na pierwsze z pytań Izba udzieliła już odpowiedzi negatywnej wskazując na treść art. 38 ust. 6 ustawy, zatem do rozważenia pozostaje kwestia czy zmiana szerokości zasobnika jest zmianą istotną. W ocenie Izby również i na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Przedmiotem zamówienia jest bowiem m. in. dostawa i montaż zasobnika wody ciepłej nie jednego, ale kilku rodzajów i szerokość jest jedynie parametrem jednego z tych rodzajów, przy czym zamawiający nie zmienił innych cech tego zasobnika takich jak choćby pojemność. Niewątpliwie zaoferowanie zasobnika o tej samej pojemności, ale mniejszej szerokości wymaga zmiany oferty, a więc czasu potrzebnego na dostosowanie oferty, jednak nie zmienia określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, że zmieniałaby się technologia wykonania, wielkość czy rodzaj zamówienia. W ocenie Izby zatem zamawiający prawidłowo zakwalifikował zmianę jako nieistotną, choć wymagającą sprostowania ogłoszenia w zakresie terminu składania ofert i zamieszczenia zmiany na stronie internetowej. Tym samym Izba nie dopatrzyła się z czynnościach zamawiającego naruszenia zarzucanych zamawiającemu przepisów, w konsekwencji zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Pomiędzy stronami nie było sporu, że odwołujący zaoferował zasobnik o pojemności 400l i szerokości 85 cm, zaś zamawiający modyfikacją z dnia 28 listopada 2019r. wymagał aby zasobnik o pojemności 400l nie był szerszy niż 80 cm. Jak wynika z rozważań Izby na potrzeby wyżej rozstrzygniętego zarzutu, modyfikacja siwz została dokonana przez zamawiającego w sposób zgodny z przepisami ustawy, a tym samym była integralną częścią specyfikacji, stanowiąc jej treść. Treść oferty odwołującego zaś nie odpowiadała treści siwz po modyfikacji, a zatem zachodziła podstawa do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Z dokumentacji technicznej zasobnika zaoferowanego nie wynika, że szerokość zasobnika może podlegać modyfikacją bez zmiany przedmiotu oferty, tym samym w ocenie Izby nie było podstaw do uznania, że możliwa jest poprawa oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a sam odwołujący takiego żądania nie formułował. W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo odrzucił oferty odwołującego i zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego 7 ust. 1 ustawy przez wprowadzające w błąd określenie warunków technicznych materiałów zawartych w Opicie przedmiotu zamówienia,

Zarzut nie potwierdził się. Izba postanowiła rozpoznać przedstawiony zarzut merytorycznie, gdyż w ocenie Izby zarzut ten także jest zarzutem związanym z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyby bowiem wprowadzenie modyfikacji naruszało zasady równego traktowania, to odwołujący mógłby dążyć do uznania, że badanie jego oferty w ogóle nie powinno mieć miejsca, gdyż postepowanie jest dotknięte wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, i na podstawie wadliwej siwz, nie można było czynić ustaleń o niezgodności treści oferty z treścią siwz. W konsekwencji Izba rozpoznała zarzut merytorycznie. W ocenie Izby odwołujący nie może dopatrywać się naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w czynności zamawiającego przeprowadzonej zgodnie z przepisami ustawy. W istocie rzeczy Izba stoi na stanowisku, że odwołujący jako profesjonalista powinien był ze szczególną uwagą poznawać treść dokumentacji postępowania na podstawie, której zmierza złożyć ofertę, zwłaszcza jeśli zamawiający udziela wyjaśnień i dokonuje modyfikacji treści tej dokumentacji. Jak wynika z treść art. 38 ust. 4 ustawy zamawiający nie jest ograniczony w prawie do modyfikacji treści siwz jedynie do modyfikacji dokonywanych na podstawie skierowanych do niego zapytań, tym samym wykonawcy muszą analizować treść zmienianych dokumentów nie tylko tam, gdzie zamawiający pokreśli istnienie zmiany, ale jako całokształt dokumentu. Wybiórcza analiza dokumentacji może bowiem prowadzić do wadliwego zaoferowania przedmiotu zamówienia, co w ocenie Izby miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Tym samym Izba w tak ukształtowanym zarzucie jak powyżej nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy i zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu szerokości zasobnika 400 litrów przy jednoczesnym zaakceptowaniu ofert bazujących na takim samym zasobniku o takiej samej szerokości

i

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie zasady równego traktowania poprzez wzywanie do złożenia wyjaśnień wyłącznie Odwołującego, podczas gdy okoliczności wynikające z wezwania dotyczyły także innych wykonawców,

Izba rozpoznała zarzuty łącznie. Izba uznała oba zarzuty za nieuzasadnione. Bezsporne jest, że odwołujący i firma Flexipower zaoferowały zasobnik 400l tego samego producenta i ten sam model. Jednakże sam odwołujący na rozprawie przedstawił, że zasobnik oferowany przez przystępującego Flexipower jest zasobnikiem przygotowanym na indywidualne zamówienia i przedstawił kartę katalogową dla tego produktu, z której wynika, że średnica zasobnika wraz izolacją wynosi 800 mm, co stanowi o zgodności oferty Flexipower z wymaganiami siwz. Tym samym nie zachodziła okoliczność podnoszona przez odwołującego w odwołaniu, że obie oferty zostały oparte o te same produkty, a mimo to zamawiający zastosował inne czynności do obu ofert. Natomiast co do zarzutu dotyczącego oferty Sanito, to poza ogólnym stwierdzeniem odwołującego, że oferta ta nie spełnia wymagań zamawiającego i wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień, odwołujący w żaden sposób nie skonkretyzował postawionego zarzutu. Nie wskazał, o który zasobnik (jakiej pojemności ma na myśli) i nie określił w czym upatruje niezgodności oferty z treścią siwz. Tym samym sprecyzowanie na rozprawie, że chodzi o zasobnik 500l, który jest zgodny z wyjaśnieniem zamawiającego udzielonym w odpowiedzi na pytanie, a niezgodny ze zmodyfikowanym załącznikiem nr 1a stanowi postawienie nowego zarzutu nie mieszczącego się w treści odwołania. Z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać o zarzutach, które nie były zawarte w odwołaniu, zarzut zatem należało oddalić. Jedynie na marginesie Izba zauważa, że jeżeli wyjaśnienie treści siwz udzielone w ramach odpowiedzi na zapytania wykonawców i treść siwz po modyfikacji pozostawały ze sobą w sprzeczności, to również nie byłby to stan faktyczny identyczny ze stanem, na podstawie którego została odrzucona oferta odwołującego. Tym samym zarzut należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o oddaleniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

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. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając odwołującego kosztami uiszczonego wpisu oraz zobowiązując do zwrotu zamawiającemu kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł. zgodnie ze złożona fakturą.

Przewodniczący: