

WYROK

z dnia 18 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2022 r. przez wykonawcę Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Chełm z siedzibą w Chełmie

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

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Chełm z siedzibą w Chełmie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Miasto Chełm z siedzibą w Chełmie na rzecz wykonawcy Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Chełm z siedzibą w Chełmie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp”), pn. „Dostawa i montaż kompletnych instalacji fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na potrzeby projektów "Odnawialne źródła energii w mieście Chełm - Wniosek I" oraz "Odnawialne źródła energii w mieście Chełm - Wniosek II" w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej 4 Energia przyjazna środowisku, Działania 4.1 Wsparcie wykorzystania OZE”, nr postępowania: BZP.271.12.39.2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 listopada 2021 r., za numerem 2021/S 215-564510.

W dniu 3 marca 2022 r. odwołanie wniósł wykonawca Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - dalej Przystępujący, czynności badania i oceny ofert oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

ppz:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Sanito, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Sanito, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jest przejawem nadmiernego formalizmu postępowania. Odwołujący podniósł, iż zna orzecznictwo Izby przywołane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu trzech ofert, jednak podkreśla, iż każda sytuacja zaistniała w postępowaniu (w tym przypadku brak wypełnienia określonych wierszy kalkulacji cenowej oferty) musi być rozpatrywana indywidualnie, z pominięciem automatyzmu, który zastosował Zamawiający w odniesieniu do oferty Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że pomimo lakoniczności wezwania Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2022 r., sprowadzającego się jedynie do stwierdzenia Zamawiającego, iż kalkulacja cenowa oferty budzi wątpliwości Zamawiającego z powodu nie wypełnienia przez wykonawcę określonych pozycji, Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 21 stycznia 2022 r. szczegółowo wyjaśnił powody braku podania procenta i modelu w określonych pozycjach kalkulacji cenowej oferty. Odwołujący podniósł, że do wyjaśnień tych Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie odniósł się w żaden sposób, jedynie po raz kolejny posłużył się lakonicznym twierdzeniem, iż udzielone wyjaśnienia nie usuwają wątpliwości

Zamawiającego.

Uzasadniając powody nie wypełnienia określonych pozycji kalkulacji cenowej oferty Odwołujący po raz wtóry wskazuje, że opis pozycji : 1) „ODNAWIALNE ŹRÓDŁA ENERGII W MIEŚCIE CHEŁM - WNIOSEK I”: - INSTALACJE MONTOWANE NAW BUDYNKACH MIESZKALNYCH OSÓB FIZYCZNYCH, POZ 3: INSTALACJA KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - GRZAŁKA ELEKTRYCZNA + GÓRNA WĘŻOWNICA; - INSTALACJE ZLOKALIZOWANE POZA BUDYNKIEM MIESZKALNYM, POZ 3: INSTALACJA KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - GRZAŁKA ELEKTRYCZNA + GÓRNA WĘŻOWNICA; 2) „ODNAWIALNE ŹRÓDŁA ENERGII W MIEŚCIE CHEŁM WNIOSEK II”: - INSTALACJE MONTOWANE NAW BUDYNKACH MIESZKALNYCH OSÓB FIZYCZNYCH, POZ 3: INSTALACJA KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - GRZAŁKA ELEKTRYCZNA + GÓRNA WĘŻOWNICA; - INSTALACJE ZLOKALIZOWANE POZA BUDYNKIEM MIESZKALNYM, POZ 3: INSTALACJA KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - GRZAŁKA ELEKTRYCZNA + GÓRNA WĘŻOWNICA jest niejasny i zachodzą poważne wątpliwości czego konkretnie ww. pozycje dotyczą. Z jednej strony Zamawiający posługuje się w opisie ww. pozycji bardzo ogólnym sformułowaniem: „Instalacja kolektorów słonecznych”, z drugiej strony do powyższego sformułowania dodał słowa: „- grzałka elektryczna + górna wężownica”.

Odwołujący, zgodnie z literalnym brzmieniem opisu ww. pozycji, uznał, że pozycje te dotyczą właśnie grzałki elektrycznej i górnej wężownicy. Podkreślił, iż analogicznie zinterpretowali to również inni wykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż nie miał obowiązku formułowania pytań na etapie publikacji dokumentów zamówienia. Przepisy ustawy pzp nie nakładają bowiem na wykonawców wymogu składania wniosków o wyjaśnienie SWZ, nawet w przypadku powzięcia wątpliwości co do jej treści. Przeciwnie, ustawodawca w art. 99 ust. 1 ustawy pzp zobowiązał każdego zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Także wszelkie inne wymagania SWZ, w tym formalne, winny być czytelne i zrozumiałe, a brak jednoznaczności w postanowieniach SWZ zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO winien być rozstrzygany na korzyść wykonawcy. W niniejszej sprawie Zamawiający odszedł od tej zasady, czego przejawem jest odrzucenie aż trzech spośród czterech złożonych w postępowaniu ofert.

W odniesieniu do wymogu podania w „Kalkulacji cenowej oferty” producenta i modelu urządzenia Odwołujący podniósł, że w jego ofercie zarówno grzałka elektryczna jak i górna wężownica nie są osobnymi (odrębnymi) urządzeniami, z własną nazwą modelu, lecz są elementami składowymi urządzenia, jakim jest podgrzewacz pojemnościowy wody. Innymi słowy zarówno grzałka elektryczna jak i górna wężownica są częściami, z których zbudowane są oferowane przez Odwołującego podgrzewacze pojemnościowe wody, tak samo jak wykorzystane do budowy podgrzewaczy: izolacja ze sztywnej pianki poliuretanowej w płaszczu z tworzywa sztucznego, anoda tytanowa, króciec grzałki elektrycznej, kołnierz rewizyjny, tuleje na czujniki temperatury oraz stopy umożliwiające wypoziomowanie zbiornika. Żaden z ww. elementów nie stanowi osobnego urządzenia, posiadającego własną nazwę modelu, lecz jest częścią czy też elementem składowym podgrzewacza pojemnościowego wody. Zatem podanie w „Kalkulacji cenowej oferty” producenta i modelu grzałki elektrycznej i górnej wężownicy było po pierwsze niewymagane, gdyż nie są to osobne urządzenia z własną nazwą modelu, po drugie nie było też możliwe, gdyż w przypadku podgrzewaczy pojemnościowych wody zaoferowanych przez Wykonawcę grzałka elektryczna i górna wężownica nie mają własnej nazwy modelu. Ponownie podkreślił, że okoliczności te były przedmiotem wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego a Zamawiający nie odniósł się do nich w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Okoliczność, że zarówno grzałka elektryczna jak i górna wężownica nie są osobnymi (odrębnymi) urządzeniami, z własną nazwą modelu, lecz są elementami składowymi urządzenia, jakim jest podgrzewacz pojemnościowy wody, jasno i wyraźnie wynika również ze sporządzonego przez Zamawiającego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w załączniku nr 1 do SWZ, a dokładnie z projektów technicznych - kolektory słoneczne. W obu projektach technicznych (odpowiednio dla wniosku I i wniosku II) wskazano m.in., że:

a) „Elementem łączącym projektowaną instalację solarną z istniejącą instalacją ciepłej wody użytkowej jest podgrzewacz o pojemności wynoszącej: 240 l lub 270 l, wyposażony w dwie wężownice. Będzie on pełnił funkcję podstawowego magazynu ciepłej wody, zasilającego istniejącą instalację c.w.u. W przypadku, gdy instalacja solarna nie zapewni wymaganej temperatury ciepłej wody użytkowej, podgrzewanie odbywać się będzie poprzez górną

wężownicę w zasobniku, zasilaną z istniejącego źródła ciepła (podłączenie na koszt użytkownika)." (str. 4 projektów technicznych);

b) „Zaprojektowano podgrzewacz pojemnościowy z dwoma wężownicami. W celu wykonywania przegrzewu w okresach przejściowych dobrano grzałkę elektryczną (230V) o mocy 2 kW dla wariantu z dwoma kolektorami oraz o mocy 3 kW dla wariantu z trzema klimakonwektorami." (str. 7 projektów technicznych);

c) „Pojemnościowy podgrzewacz wody z wyposażeniem: z króćcem do montażu grzałki elektrycznej, z grzałką elektryczną oraz 2-wężownicami i anodą magnezową" (str. 22, 23, 24, 25 projektów technicznych).

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że zarówno grzałka elektryczna jak i górna wężownica nie są osobnymi (odrębnymi) urządzeniami, z własną nazwą modelu, lecz są elementami wyposażenia urządzenia jakim jest podgrzewacz pojemnościowy wody. Zatem nakaz podania w „Kalkulacji cenowej oferty” producenta i modelu urządzenia w ogóle ich nie dotyczył.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żadnym punkcie SWZ nie wymagał, aby wykonawcy podali w swoich ofertach producenta i model oferowanych podgrzewaczy pojemnościowych wody. W szczególności wymaganie takie nie wynika ze wzoru „Kalkulacji cenowej oferty” zamieszczonego w załączniku nr 9 do SWZ, gdyż Zamawiający nie przewidział tam żadnej pozycji ani miejsca na podanie informacji co do tej kwestii. Zatem brak wskazania w ofercie producenta i modelu oferowanych podgrzewaczy pojemnościowych wody nie jest i nie może stanowić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Odnosnie niewypełnienia w „Kalkulacji cenowej oferty” kolumny „Producent / model” w ww. pozycjach: „System zarządzania energią wyprodukowaną, w instalacjach fotowoltaicznych (TIK) w ramach „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I” oraz „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II” w pozycjach - System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I”; - System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II”. Odwołujący podniósł, że ww. System zarządzania energią (TIK) jest programem komputerowym, składającym się z różnych aplikacji komputerowych. Sporządzony przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w załączniku nr 1 do SWZ, a dokładnie specyfikacje techniczno-funkcjonalne usługi zarządzania energią wyprodukowaną w instalacjach OZE (odpowiednio dla wniosku I i wniosku II) nie pozostawiają żadnych wątpliwości w tym zakresie. Zamawiający wskazał tam m.in. w pkt 2. Założenia ogólne systemu, że przedmiot zamówienia obejmuje: „Wykonanie specjalizowanego modułu programowego do uniwersalnej komunikacji z regulatorami wybranych instalacji OZE, umożliwiający w sposób uporządkowany wyświetlanie w przeglądarce internetowej (platformy — komputery PC i urządzenia mobilne) informacji o podstawowych parametrach pracy regulatorów oraz ich nastawy.”

Ponadto, w ww. specyfikacjach Zamawiający bardzo dokładnie opisał swoje wymagania co do budowy i funkcjonalności Systemu zarządzania energią (TIK). W ocenie Odwołującego żaden z dostępnych na rynku, czyli gotowych i już istniejących programów komputerowych, nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego przedstawionych w ww. specyfikacjach. Dlatego też Wykonawca zdecydował się zaoferować Zamawiającemu System zarządzania energią (TIK), który zostanie „uszyty na miarę”, tj. stworzony dokładnie według wymagań Zamawiającego przedstawionych w ww. specyfikacjach.

Jak wynika z treści innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, „uszyte na miarę” Systemy zarządzania energią (TIK) zaoferowali również wszyscy pozostali wykonawcy. Takie postępowanie jest zresztą standardem w przypadku zamówień na systemy zarządzania energią wyprodukowaną w instalacjach OZE. Tego rodzaju systemy praktycznie zawsze tworzy się według indywidualnych wymagań danego Zamawiającego, dostosowując się do opisu przedmiotu zamówienia. Ponieważ wymagania poszczególnych Zamawiających różnią się między sobą, na rynku nie ma gotowych rozwiązań, które można by oferować w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia. W rezultacie, skoro oferowany Zamawiającemu System zarządzania energią (TIK) zostanie dopiero stworzony przez Odwołującego w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, oczywiste jest, że nie posiada on nazwy modelu, którą Odwołujący mógłby podać w „Kalkulacji cenowej oferty”.

Odwołujący zauważył, że również wszyscy pozostali wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie podali w swoich ofertach modelu oferowanego Systemu zarządzania energią (TIK), co potwierdza, że jego wskazanie w ofercie po prostu nie było

możliwe. Co więcej, podanie w ofercie modelu Systemu zarządzania energią (TIK), który zostanie dopiero stworzony przez Odwołującego w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, mogłoby zostać uznane za próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Podsumowując, wątpliwości Zamawiającego co do złożonej przez Wykonawcę "Kalkulacji cenowej oferty" wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ, w ocenie Odwołującego zostały rozwiane w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 21 stycznia 2022 r. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty nie odniósł się do tych wyjaśnień w jakikolwiek sposób, podchodząc do sprawy skrajnie formalnie i odrzucając ofertę Odwołującego w sytuacji, gdy brak precyzji w postanowieniach SWZ powiązany z konkretnym stanem faktycznym (zaoferowana przez Odwołującego instalacja kolektorów słonecznych oraz system zarządzania energią TIK) nie powodował konieczności podawania producenta i modelu dla ww. pozycji. W świetle złożonej przez Odwołującego kalkulacji nie ma żadnych wątpliwości, iż jego oferta obejmuje cały przedmiot zamówienia opisany w dokumentach zamówienia a tym samym jest zgodna z warunkami zamówienia.

Zupełnie na marginesie, Odwołujący zwrócił uwagę, że wartość „spornych” pozycji, które legły u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, wynosi 196 383 zł brutto, co stanowi jedynie 2% ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych

zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania ofert, uwzględniającego ww. czynności - dokonania

ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1

ustawy pzp nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty, Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu zasady te zostały naruszone. Działania Zamawiającego były automatyczne i skrajnie formalne, nie poparte merytoryczną niezgodnością zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami SWZ. Ich konsekwencją było bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Sanito, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejszą. Nie może również umknąć uwadze okoliczność, iż w Kalkulacji cenowej oferty Sanito także nie podano modelu systemu zarządzania energią (TIK), jednak oferta ta została przez Zamawiającego uznana za zgodną z wymaganiami SWZ. Takie działanie Zamawiającego stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców i przykładaniu różnej miary do wyjaśnień udzielanych przez poszczególnych wykonawców.

Celem prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 ustawy pzp. Nie sposób przy tym przeoczyć faktu, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty Sanito, której cena jest o ponad 800 000 zł wyższa od ceny oferty Odwołującego, co powinno mieć dla Zamawiającego istotne znaczenie z punktu widzenia zasady racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Co więcej wybrana oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów ustawy pzp.

W dniu 17 marca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska. Zamawiający nie stawił się na posiedzenie i rozprawę pomimo prawidłowego zawiadomienia.

W dniu 17 marca 2022 r. Odwołujący złożył pismo procesowe z dalszym stanowiskiem w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale

IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego wraz załącznikami (regulamin konkursu) oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie (oświadczenie producenta HEWALEX z dnia 17 marca 2022 r. wraz z fakturą)

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśli SWZ: III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: „1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż kompletnych instalacji fotowoltaicznych, kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na potrzeby projektów "Odnawialne źródła energii w mieście Chełm Wniosek I" oraz "Odnawialne źródła energii w mieście Chełm - Wniosek II" w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020, Osi Priorytetowej 4 Energia przyjazna środowisku, Działania 4.1 Wsparcie wykorzystania OZE.”

Zgodnie z SWZ: XII. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY: „2. Oferta musi

zawierać: (...) 3) Kalkulacja cenowa oferty, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.”

W myśli pkt XV: SPOSÓB OBLICZENIA CENY: „1. Cenę oferty należy obliczyć na podstawie kalkulacji cenowej Wykonawcy (wg załącznika nr 9 do SWZ). (...) 4. Wykonawca podaje cenę oferty obliczoną w Kalkulacji cenowej oferty — załącznik nr 9 do SWZ, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w Projektowanych postanowieniach umowy oraz

w obowiązującym na dzień składania ofert prawie, na podstawie własnych kalkulacji i szacunków. Wykonawca w Kalkulacji cenowej oferty podaje ceny jednostkowe na każdy typ i rodzaj instalacji OZE, łącznie z dostawą i montażem oraz cenę za wdrożenie systemu zarządzania.”

Zgodnie z SWZ załącznik nr 1- Opis techniczny kolektory słoneczne -wniosek 1/wniosek 2: „4. Opis rozwiązania: (...) Elementem łączącym projektowaną instalację solarną z istniejącą instalacją ciepłej wody użytkowej jest podgrzewacz o pojemności wynoszącej: 240 l lub 270 l, wyposażony w dwie węzownice. Będzie on pełnił funkcję podstawowego magazynu ciepłej wody, zasilającego istniejącą instalację c.w.u. W przypadku, gdy instalacja solarna nie zapewni wymaganej temperatury ciepłej wody użytkowej, podgrzewanie odbywać się będzie poprzez górną węzownicę w zasobniku, zasilaną z istniejącego źródła ciepła (podłączenie na koszt użytkownika).” - str. 4 „5.2 Podgrzewacz pojemnościowy wody Zaprojektowano podgrzewacz pojemnościowy z dwoma węzownicami. W celu wykonywania przegrzewu w okresach przejściowych dobrano grzałkę elektryczną (230V) o mocy 2 kW dla wariantu

z dwoma kolektorami oraz o mocy 3 kW dla wariantu z trzema klimakonwektorami.

Lokalizacja zbiornika na podstawie ustaleń z użytkownikiem.” - str. 7 „ZAŁĄCZNIK 1 - Zestawienie Materiałów 1. Zestawienie elementów pakietu solarnego- zestaw z 2 kolektorami- montaż na dachu (...) Pojemnościowy podgrzewacz wody z wyposażeniem: z

króćcem do montażu grzałki elektrycznej, z grzałką elektryczną oraz 2- węzownicami i anodą magnezową.” - str. 22-25.

Zgodnie z przedmiarami robót poz. 45: „Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica - koszty niekwalifikowane, Koszt grzałki elektrycznej do podgrzewacza wody oraz górnej węzownicy (wydzielony z ceny podgrzewacza wody).”

W załączniku nr 1 do SWZ odpowiednio dla wniosku 1 i 2: specyfikacje techniczno-funkcjonalne usługi zarządzania energią wyprodukowaną w instalacjach OZE pkt 2: „Wykonanie specjalizowanego modułu programowego do uniwersalnej komunikacji z regulatorami wybranych instalacji OZE, umożliwiający w sposób uporządkowany wyświetlanie w przeglądarce internetowej (platformy — komputery PC i urządzenia mobilne) informacji o podstawowych parametrach pracy regulatorów oraz ich nastawy.”

Przystępujący w kalkulacji cenowej - załącznik nr 9 w poz. 3 dla Producent i model urządzenia: Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica

wskazał: Selfa GE S.A. Typ 50.205.231 / Typ 50.307.211, natomiast dla Producent / model: System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I”/ System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II” wskazał: Sanito.

Odwołujący oraz Wykonawca Dajk nie wskazali Producent i model urządzenia dla Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica oraz Producent / model dla System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I”/ System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II”.

Wykonawca FlexiPower dla Producent i model urządzenia: Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica wskazał: Zasobnik: Galmet; SGW(S)B 250 lub 300 Grzałka; Galmet; Kpl elektryczny 2kW 230V na korku 6/4", natomiast nie podał Producent / model dla System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I”/ System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II”.

Pismem z dnia 19 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp do wyjaśnienia, gdyż z uwagi na niewypełnienie poz. 3 oraz poz. dot. systemu w zakresie podania odpowiednio Producent i model urządzenia/ Producent / model kalkulacja budziła wątpliwości Zamawiającego. Analogiczne wezwania Zamawiający skierował do Wykonawcy Dajk oraz FlexiPower.

Pismem z dnia 21 stycznia 2022 r. Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia: „Wykonawca przede wszystkim wskazuje, że opis ww. pozycji jest niejasny i zachodzą poważne wątpliwości czego konkretnie ww. pozycje dotyczą. Z jednej strony Zamawiający posłużył się w opisie ww. pozycji bardzo ogólnym sformułowaniem: „Instalacja kolektorów słonecznych”, z drugiej strony do powyższego sformułowania dodał słowa: „- grzałka elektryczna + górna węzownica”. Wykonawca, kierując się literalnym brzmieniem opisu ww. pozycji, uznał, że pozycje te dotyczą właśnie grzałki elektrycznej i górnej węzownicy. Jak wynika z treści pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu tak samo uznali również inni wykonawcy. Jednocześnie podkreślić trzeba, że Zamawiający wymagał podania w „Kalkulacji cenowej oferty” producenta i modelu urządzenia. Wykonawca wyjaśnia zatem, że w jego ofercie zarówno grzałka elektryczna jak i górna węzownica nie są osobnymi (odrębnymi) urządzeniami, z własną nazwą modelu, lecz są elementami składowymi urządzenia, jakim jest podgrzewacz pojemnościowy wody. Innymi słowy zarówno grzałka elektryczna jak i górna węzownica są częściami, z których zbudowane są oferowane przez Wykonawcę podgrzewacze pojemnościowe wody, tak samo jak wykorzystane do budowy podgrzewaczy: izolacja ze sztywnej pianki poliuretanowej w płaszczu z tworzywa sztucznego, anoda tytanowa, króciec grzałki elektrycznej, kołnierz rewizyjny, tuleje na czujniki temperatury oraz stopy umożliwiające wypoziomowanie zbiornika. Żaden z ww.

elementów nie stanowi osobnego urządzenia, posiadającego własną nazwę modelu, lecz jest częścią czy też elementem składowym podgrzewacza pojemnościowego wody. Zatem podanie w „Kalkulacji cenowej oferty” producenta i modelu grzałki elektrycznej i górnej węzownicy było po pierwsze niewymagane, gdyż nie są to osobne urządzenia z własną nazwą modelu, po drugie nie było też możliwe, gdyż w przypadku podgrzewaczy pojemnościowych wody zaferowanych przez Wykonawcę grzałka elektryczna i górna węzownica nie mają własnej nazwy modelu. To, że zarówno grzałka elektryczna jak i górna węzownica nie są osobnymi (odrębnymi) urządzeniami, z własną nazwą modelu, lecz są

elementami składowymi urządzenia, jakim jest podgrzewacz pojemnościowy wody, jasno i wyraźnie wynika również ze sporządzonego przez Zamawiającego szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w załączniku nr 1 do SWZ, a dokładnie z projektów technicznych - kolektory słoneczne. W obu projektach technicznych (odpowiednio dla wniosku I i wniosku II) wskazano m.in., że: a) „Elementem łączącym projektowaną instalację solarną z istniejącą instalacją ciepłej wody użytkowej jest podgrzewacz o pojemności wynoszącej: 240 l lub 270 l, wyposażony w dwie węzownice. Będzie on pełnił funkcję podstawowego magazynu ciepłej wody, zasilającego istniejącą instalację c.w.u. W przypadku, gdy instalacja solarna nie zapewni wymaganej temperatury ciepłej wody użytkowej, podgrzewanie odbywać się będzie poprzez górną węzownicę w zasobniku, zasilaną z istniejącego źródła ciepła (podłączenie na koszt użytkownika).” (str. 4 projektów technicznych); b) „Zaprojektowano podgrzewacz pojemnościowy z dwoma węzownicami. W celu wykonywania przegrzewu w okresach przejściowych dobrano grzałkę elektryczną (230V) o mocy 2 kW dla wariantu z dwoma kolektorami oraz o mocy 3 kW dla wariantu z trzema klimakonwektorami.” (str. 7 projektów technicznych); c) „Pojemnościowy podgrzewacz wody z wyposażeniem: z króćcem do montażu grzałki elektrycznej, z grzałką elektryczną oraz 2-węzownicami i anodą magnezową” (str. 22, 23, 24, 25 projektów technicznych). W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że zarówno grzałka elektryczna jak i górna węzownica nie są osobnymi (odrębnymi) urządzeniami, z własną nazwą modelu, lecz są elementami wyposażenia urządzenia jakim jest podgrzewacz pojemnościowy wody. Zatem nakaz podania w „Kalkulacji cenowej oferty” producenta i modelu urządzenia w ogóle ich nie dotyczył. Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że w przypadku ww. pozycji: 1) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I”: - Instalacje zlokalizowane poza budynkiem mieszkalnym, poz. 3: Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica w „Kalkulacji cenowej oferty” Zamawiający wskazał, że ilość kompletów wynosi „-”, czyli jest zerowa. Skoro zatem w przypadku ww. pozycji nic nie jest Zamawiającemu oferowane, to brak podania tam producenta i modelu jest pozbawiony jakiegokolwiek, nawet hipotetycznego znaczenia. Z

ostrożności Wykonawca wskazuje, że Zamawiający w żadnym punkcie SWZ nie wymagał,

aby wykonawcy podali w swoich ofertach producenta i model oferowanych podgrzewaczy

pojemnościowych wody. W szczególności wymaganie takie nie wynika ze wzoru „Kalkulacji cenowej oferty” zamieszczonego w załączniku nr 9 do SWZ, gdyż Zamawiający nie przewidział tam żadnej pozycji ani miejsca na podanie informacji co do tej kwestii. Zatem

brak wskazania w ofercie producenta i modelu oferowanych podgrzewaczy

pojemnościowych wody nie jest i nie może stanowić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. 2. Odnosnie niewypełnienia w „Kalkulacji cenowej oferty” kolumny „Producent / model” w ww. pozycjach: „System zarządzania energią wyprodukowana, w instalacjach fotowoltaicznych (TIK) w ramach „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I” oraz „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II” w pozycjach - System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I”; - System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II”, Wykonawca na wstępie wskazuje, że ww. System zarządzania energią (TIK) jest programem komputerowym, składającym się z różnych aplikacji komputerowych. Sporządzony przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w załączniku nr 1 do SWZ, a dokładnie specyfikacje techniczno-funkcjonalne usługi zarządzania energią wyprodukowaną w instalacjach OZE (odpowiednio dla wniosku I i wniosku II) nie pozostawiają żadnych wątpliwości w tym zakresie. Zamawiający wskazał tam m.in. w pkt 2. Założenia ogólne systemu, że przedmiot zamówienia obejmuje: „Wykonanie specjalizowanego modułu programowego do uniwersalnej komunikacji z regulatorami wybranych instalacji OZE, umożliwiający w sposób uporządkowany wyświetlanie w przeglądarce internetowej (platformy — komputery PC i urządzenia mobilne) informacji o podstawowych parametrach pracy regulatorów oraz ich nastawy.” Ponadto w ww. specyfikacjach Zamawiający bardzo dokładnie opisał swoje wymagania co do budowy i funkcjonalności Systemu zarządzania energią (TIK). W ocenie Wykonawcy żaden z dostępnych na rynku, czyli gotowych i już istniejących programów komputerowych, nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego przedstawionych w ww. specyfikacjach. Dlatego też Wykonawca zdecydował się zaoferować Zamawiającemu System zarządzania energią (TIK), który zostanie „uszyty na miarę”, tj. stworzony dokładnie według wymagań Zamawiającego przedstawionych w ww. specyfikacjach. Co więcej, jak wynika z treści innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, „uszyte na miarę” Systemy zarządzania energią (TIK) zaoferowali również wszyscy pozostali wykonawcy. Takie postępowanie jest zresztą standardem w przypadku zamówień na systemy zarządzania energią wyprodukowaną w instalacjach OZE. Tego rodzaju systemy praktycznie zawsze tworzy się według indywidualnych wymagań danego Zamawiającego, dostosowując się do opisu przedmiotu zamówienia. Ponieważ wymagania poszczególnych Zamawiających różnią się między sobą, na rynku nie ma gotowych rozwiązań, które można by oferować w różnych

postępowaniach o udzielenie zamówienia. W rezultacie, skoro oferowany Zamawiającemu System zarządzania energią (TIK) zostanie dopiero stworzony przez Wykonawcę w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, oczywiste jest, że nie posiada on nazwy modelu, którą Wykonawca mógłby podać w „Kalkulacji cenowej oferty”. Trzeba tutaj podkreślić, że również wszyscy pozostali wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie nie podali w swoich ofertach modelu oferowanego Systemu zarządzania energią (TIK), co potwierdza, że jego wskazanie w ofercie po prostu nie było możliwe. Co więcej, podanie w ofercie modelu Systemu zarządzania energią (TIK), który zostanie dopiero stworzony przez Wykonawcę w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, mogłoby zostać uznane za próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd. 3. Podsumowując, wskazane przez Zamawiającego wątpliwości dotyczące złożonej przez Wykonawcę "Kalkulacji cenowej oferty" wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ są nieuzasadnione. Wykonawca wypełnił ww. kalkulację najlepiej jak potrafił, kierując się literalnym brzmieniem opisów kolumn i pozycji, uwzględniając sporządzony przez Zamawiającego szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz podając w ww. kalkulacji wszystkie informacje, które tylko mógł podać. Wykonawca podkreśla też, że w świetle złożonej przez niego kalkulacji nie ma żadnych wątpliwości, iż oferta Wykonawcy obejmuje cały przedmiot zamówienia opisany w dokumentach zamówienia a tym samym jest zgodna z warunkami zamówienia."

Pismem z dnia 24 stycznia 2022 r. Wykonawca FlexiPower wyjaśnił: „Wykonawca FlexiPower Group Sp.z.o.o. Sp.k. w załączniku nr 9 do SWZ nie podał „producent/model” w pozycji: System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I” oraz System zarządzania energią (TIK) „Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II” ponieważ system ten przygotowywany jest bezpośrednio przez Wykonawcę podczas realizacji inwestycji. Wykonawca tworząc system TIK korzysta z własnych zasobów, tym samym pracownicy wykonują indywidualny system informatyczny współpracujący z zastosowanymi urządzeniami (falownikami, sterownikami solarnymi, sterownikami kotła). Dla wykonywanego systemu nie jest nadawany model, dodatkowo ze względu na brak konieczności patentowania systemu nie ma konieczności określania producenta. System będzie tworzony dopiero na potrzeby postępowania tym samym bezcelowym jest określenie modelu i producenta systemu który obecnie nie istnieje. Podsumowując, ze względu na wykonywanie systemu TIK indywidualnie przez Wykonawcę na potrzeby zamówienia system zarządzania energią wyprodukowaną nie posiada modelu i producenta.”

Pismem z dnia 24 stycznia 2022 r. Wykonawca Dajk wyjaśnił: „W odpowiedzi na Państwa wezwanie z dnia 19 stycznia 2022 r. wyjaśniamy, że grzałka elektryczna i górna węzownica są elementami zasobnika SGW(S)B 250 i SGW(S)B 300 producenta „Galmet Sp. z o. o.” Sp. Górna węzownica wchodzi w skład fabrycznego zestawu zasobnika, natomiast grzałka elektryczna jest montowana opcjonalnie. Z tego powodu producent/model w/w elementów nie został przez nas wyodrębniony w kalkulacji cenowej. Fakt, że górna węzownica oraz grzałka elektryczna stanowią elementy wskazanych w ofercie zasobników SGW(S)B 250 i SGW(S)B 300 producenta „Galmet Sp. z o. o.” Sp. k. jest potwierdzony w załączonych do tego pisma kartach katalogowych (niewymaganych na etapie złożenia oferty) Zwracamy również uwagę, że w przeciwieństwie do wymagań dotyczących treści załącznika nr 3 (formularza oferty), Zamawiający nie zastrzegł, że składany załącznik nr 9 (kalkulacja cenowa oferty) powinien „(...) zawierać wszystkie wymagane informacje określone w tym załączniku”. Tym samym SWZ nie zawiera bezwzględnego obowiązku wskazania w ofercie producenta/modelu górnej węzownicy i grzałki elektrycznej. Jest to uzasadnione, ponieważ te elementy zestawów, które mają dla Zamawiającego istotne znaczenie, są dodatkowo konkretyzowane (w zakresie producenta /modelu oraz pozostałych parametrów) w drodze złożenia wraz z ofertą dodatkowych dokumentów (zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 SWZ) SWZ). Zamawiający nie bada jednak na etapie postępowania szczegółowych parametrów grzałki elektrycznej i górnej węzownicy SWZ nie zawiera wymogu złożenia wraz z ofertą jakichkolwiek dokumentów (przedmiotowych środków dowodowych np. kart katalogowych, certyfikatów dotyczących zasobników, jak również w/w elementów. Powodem wyodrębnienia grzałki elektrycznej i górnej węzownicy do odrębnej pozycji cenowej jest natomiast to, że zgodnie z poz. 45 przedmiarów robót koszt dostawy i montażu tych elementów ma charakter niekwalifikowalny: Koszt grzałki elektrycznej do podgrzewacza wody oraz górnej węzownicy (wydzielony z ceny podgrzewacza wody)”. Koszt tych elementów, który jest dla Zamawiającego istotny ze względu na nie kwalifikowalność związanych z nimi wydatków, został wyodrębniony w ofercie i uwzględniony w podanej cenie, co wynika wprost z załącznika nr 9. Nasza oferta obejmuje zatem wykonanie (dostawę i montaż) tych elementów. Odnosząc się natomiast do wezwania do złożenia wyjaśnień dot. braku wskazania w załączniku nr 9 producenta/modelu „Systemu zarządzania informujemy, że w przypadku składanych przez nas ofert jest to produkt wykonywany na indywidualne zamówienie, dostosowywany do wymagań danego zamawiającego. Wskazanie konkretnego producenta/modelu byłoby zatem nie tylko niemożliwe, ale i niecelowe, ponieważ nawet dookreślenie na etapie złożenia oferty podmiotu, który zrealizuje ten system, nie pozwalałoby Zamawiającemu na sprawdzenie jego parametrów (w celu potwierdzenia zgodności z SWZ).

Zgodnie z uzyskanym przez nas stanowiskiem podmiotu, któremu zamierzamy powierzyć przygotowanie tego systemu: Nie można wskazać konkretnego producenta z uwagi na fakt, iż system taki jest każdorazowo tworzony od podstaw przez programistów na podstawie specyfikacji zamówienia, planowanych funkcjonalności oraz zainstalowanych urządzeń OZE, z którymi system ma się komunikować." Istotne jest przy tym to, że SWZ nie przewidywała badania tego elementu na etapie postępowania (Zamawiający weryfikuje zgodność wykonanego systemu na etapie realizacji zamówienia). W tym zakresie aktualne pozostają również nasze wyjaśnienia dotyczące grzałki elektrycznej i górnej węzownicy. Złożony przez nas załącznik nr 9 jest zatem prawidłowy (zgodny z SWZ), zaś jego treść powinna być interpretowana zgodnie z w/w wyjaśnieniami oraz dokumentami załączonymi do tego pisma."

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 lutego 2022 r. Zamawiający odrzucił oferty trzech Wykonawców, w tym Odwołującego na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp wskazując: „Oferta nr 3: Solartime Sp. z o.o., ul. Załęska 106B, 35-322 Rzeszów;

Stan faktyczny: Wykonawca w przedłożonej wraz z ofertą Kalkulacji cenowej oferty nie wypełnił kolumny "Producent i model urządzenia"/ "Producent/model", w nw. pozycjach: 1) "Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I": - Instalacje montowane na/w budynkach mieszkalnych osób fizycznych, poz. 3: Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica; 2) "Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II": - Instalacje montowane na/w budynkach mieszkalnych osób fizycznych, poz. 3: Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica; - Instalacje zlokalizowane poza budynkiem mieszkalnym, poz. 3: Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica; 3) "System zarządzania energią wyprodukowana w instalacjach fotowoltaicznych (TIK) w ramach "Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I" oraz "Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek II" w pozycjach: - System zarządzania energią (TIK) "Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek I";

- System zarządzania energią (TIK) "Odnawialne źródła energii w Mieście Chełm - Wniosek

II". (...) Uzasadnienie prawne: ww. oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Uzasadnienie faktyczne: Zgodnie z pkt. XII oraz XV SWZ Wykonawcy

zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą Kalkulacji cenowej oferty (załącznik nr 9 do SWZ) oraz do obliczenia ceny oferty na jej podstawie, wg zasad i wzoru określonego w Specyfikacji

Warunków Zamówienia. Do terminu składania ofert tj. do dnia 08.12.2021 r. żaden z Wykonawców nie skorzystał z dyspozycji art. 135 ustawy i nie zwrócił do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Zatem należy przyjąć, że druk Kalkulacji nie budził wątpliwości Wykonawców w kontekście jego treści do wymagań opisanych w dokumentacji technicznej, ponieważ wszyscy Wykonawcy dokonali wyceny ww. pozycji. Dokonując wyceny pozycji, Wykonawcy musieli przyjąć założenie co do oferowanego przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Zamawiający dnia 19.01.2022 r. wystosował do Wykonawców wezwanie do złożenia wyjaśnienia w ww. sprawie. Wykonawcy do dnia 24.01.2022 r. złożyli wyjaśnienia. Udzielone wyjaśnienia nie usuwają wątpliwości Zamawiającego co do sposobu wypełnienia przez Wykonawców Kalkulacji i interpretacji w tym zakresie, biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawcy wycenili te pozycje. W wyroku z dnia 6 maja 2016 r. (KIO 620/16), Krajowa Izba Odwoławcza ustosunkowała się do zagadnienia złożenia oferty bez podania nazwy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, jeżeli Zamawiający żądał podania nazwy producenta w ofercie. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Zamawiający w różny sposób może kształtować wymagania co do oferowanego przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie, a niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu Cywilnego, czyli niezgodność oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (...)”. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w prosty sposób elementy jakie mają identyfikować oferowane urządzenia i żądał w Kalkulacji cenowej oferty producenta /modelu oferowanego urządzenia. Biorąc pod uwagę treść Kalkulacji, Wykonawcy mieli świadomość, że Zamawiającemu zależało na tych danych. Biorąc pod uwagę fakt partycypowania w kosztach realizacji Projektu (tzw. wkład własny) mieszkańców Miasta Chełm, którzy są Beneficjentami docelowymi przedmiotowego zamówienia, podanie w Kalkulacji danych dotyczących oferowanych urządzeń ma istotne znaczenie. Podanie tych danych daje mieszkańcom wiedzę jakie i jakiego typu urządzenia zostaną zamontowane na ich nieruchomościach. Ponadto wyodrębnienie w Kalkulacji wskazanych pozycji jest dla Zamawiającego istotne ze względu na nie kwalifikowalność związanych z nimi wydatków. Podanie danych identyfikujących konkretny przedmiot zamówienia, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, stanowi złożenie oferty na ten przedmiot. W ten sposób Wykonawcy oświadczają co oferują i czy oferowany przedmiot jest

zgodny z parametrami określonymi przez Zamawiającego. Zgodnie z orzecznictwem, brak podania producenta i modelu urządzenia oraz jakiegokolwiek innej informacji dotyczącej tej pozycji (np.: produkt indywidualnie dedykowany na potrzeby przedmiotowego zamówienia, nie dotyczy itp.), stanowi nieusuwalny brak, ponieważ oznacza brak oświadczenia woli

Wykonawcy (KIO 2665/18). W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie można braku podania wymaganych danych identyfikujących urządzenie uznać jako omyłkę oraz wezwać do uzupełnienia oferty, ponieważ wymienione czynności skutkowałyby naruszeniem zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Zgodnie z orzecznictwem w tym zakresie, należy przyjąć, że Kalkulacja cenowa oferty Wykonawców, została sporządzona w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ dotyczącymi sposobu wyrażania, opisanie i potwierdzenia zobowiązania. Wskazanie producenta i modelu oferowanego przedmiotu zamówienia jest dla Zamawiającego kwestia istotną (KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17). Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń stanowi istotny element (essentialia negotii) - definiujący przedmiot składanej oferty i późniejszej dostawy wraz z montażem. W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: „(.) oferta w swojej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w Specyfikacji. Na gruncie Prawa zamówień publicznych treść oferty to oświadczenie woli Wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeżeli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w prawie zamówienia publicznego”. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający nie może uznać treści oferty jako zgodnej z warunkami zamówienia, ponieważ zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień publicznych.”

Dowody Odwołujący:

- z regulaminu konkursu nr RPLU.04.01.00-IZ.00-06-001/19 Oś priorytetowa 4 Energia przyjazna środowisku Działanie 4.1 Wsparcie wykorzystania OZE Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020 wynika: „Koszty niekwalifikowalne: Kosztem niekwalifikowalnym są elementy niezwiązane z produkcją energii ze źródeł odnawialnych w tym: koszty grzałki, w którą wyposażone są zasobniki c.w.u., koszty drugiej wężownicy służącej do podłączenia z zasilanym paliwem kopalnym źródłem ciepła.”

- z oświadczenia producenta HEWALEX z dnia 17 marca 2022 r. wynika: „w odpowiedzi na ustne zapytanie dotyczące zasobników ciepłej wody użytkowej oraz elementów ich wyposażenia wyjaśniamy, że w swoim asortymencie oferujemy zasobniki do ciepłej wody użytkowej o pojemnością od 200 do 500 standardowo wyposażone w dwa wewnętrzne wymienniki ciepła, tzw. wężownice: górną oraz dolną. Wężownice te wbudowywane są fabrycznie na stałe wewnątrz zasobnika. Na rynku dostępne są także zasobniki z inną liczbą wężownic, ale niemal zawsze jest to element stały, będący częścią tych urządzeń. Z kolei grzałka elektryczna przeważnie stanowi element dodatkowego wyposażenia zasobnika, choć u niektórych producentów może być także elementem wyposażania podstawowego. W przypadku oferowanych przez nas zasobników (podgrzewaczy) zintegrowanych z pompą ciepła, zasobnik jest standardowo wyposażony w jedną wężownicę oraz fabrycznie zabudowaną w nim grzałkę elektryczną 1 15 kW. Oferowane przez nas grzałki elektryczne, jako elementy dodatkowego wyposażenia zasobników, nie są rozróżniane w ofercie pod względem nazwy modelu czy ich producenta, a jedynie pod względem mocy urządzenia i średnicy gwintu w celu właściwego doboru. Jest to raczej powszechna praktyka rynkowa. W przypadku typowych grzałek elektrycznych do zasobników do 500 l dodatkowy element grzejny określany jest przez nas na przykład jako Grzałka elektryczna 2kW 6/4” — przykładowa faktura sprzedaży w załączeniu.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że oferta Odwołującego nie wykazała takiej niezgodności w konsekwencji czego Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę naruszając art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Na wstępie wskazania wymaga, że na gruncie nowej ustawy pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy pzp. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej.

Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę rozpoznawanej sprawy wskazania wymaga, że pierwszą okolicznością na którą powołał się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego było niewypełnienie kolumny „Producent i model urządzenia” dla pozycji nr 3 kalkulacji: „Instalacja kolektorów słonecznych - grzałka elektryczna + górna węzownica”. Nie ulega wątpliwości, że treść SWZ nie stanowiła o obowiązku wypełnienia tej kolumny pod rygorem odrzucenia oferty, a Zamawiający w postanowieniach dotyczących ceny wymagał: „ceny jednostkowe na każdy typ i rodzaj instalacji OZE, łącznie z dostawą i montażem oraz cenę za wdrożenie systemu zarządzania.”, które Odwołujący wycenił w wymaganych pozycjach kalkulacji. Co więcej, jak wynika z dokumentacji postępowania zarówno grzałka jak i węzownica nie są urządzeniami, a wyłącznie elementami składowymi urządzenia - podgrzewacza pojemnościowego wody. W ocenie Izby, z kalkulacji nie wynika również aby w poz. 3 należało wskazać model i producenta podgrzewacza. Taka interpretacja jest ponadto zgodna z intencją Zamawiającego, postanowieniami dokumentów zamówienia oraz argumentacją wskazaną w uzasadnieniu odrzucenia oferty, iż koszt grzałki i węzownicy to koszty niekwalifikowalne. Istotne zatem dla Zamawiającego było wyodrębnienie tych kosztów dla właściwego ich rozliczenia. Na powyższe zwrócił uwagę w złożonych wyjaśnieniach zarówno Odwołujący jak i Wykonawca Dajk. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie zostały również poparte dowodami - oświadczeniem producenta HEWALEX sp. z o.o. sp. k. Przeprowadzone ustalenia faktyczne prowadzą do jednoznacznego wniosku, że wskazanie producenta i modelu grzałki i węzownicy nie było przez Zamawiającego wymagane skoro kolumna stanowi o urządzeniu, a sporne elementy samoistnymi urządzeniami nie są. W konsekwencji stwierdzić należało, że niewypełnienie poz. 3 kalkulacji nie mogło skutkować uznaniem oferty za niezgodną z warunkami zamówienia, gdyż wymóg podania producenta i modelu części składowych urządzeń nie został postawiony w treści SWZ. Przyjmując argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie ale również w uzasadnieniu odrzucenia oferty za prawidłową należałoby uznać, iż w istocie Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia niezgodnego ze stanem faktycznym, a wskazanie producenta i modelu jakiegokolwiek urządzenia zostałyby przez Zamawiającego zaakceptowane, pomimo że sporna pozycja dotyczyła elementów wyposażenia urządzenia. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający przeprowadzając badanie i ocenę ofert nie może pomijać ustalonego stanu faktycznego i dokonywać nadinterpretacji postanowień SWZ. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wziął pod uwagę postanowień dokumentacji postępowania przez siebie przygotowanych, jak również złożonych przez Wykonawców wyjaśnień. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania,

dlatego też podnoszone przez Odwołującego okoliczności, iż grzałka i węzownica stanowią

części składowe urządzenia - podgrzewacza pojemnościowego wody - powinny być Zamawiającemu znane i uwzględnione przy ocenie ofert. Chybiona jest argumentacja Zamawiającego, że nie mógł zaakceptować złożonych wyjaśnień Odwołującego, gdyż prowadziłoby to do niedozwolonej zmiany oświadczenia Wykonawcy, względnie uzupełnienia oferty. Zauważyć należy, że Odwołujący zwrócił jedynie uwagę w wyjaśnieniach na postanowienia dokumentacji postępowania, z której wymóg podania modelu producenta grzałki i węzownicy nie wynikał, które to stanowisko Izba podziela oraz podkreślił niemożliwość podania takich informacji. Oczywistym zatem jest, iż oferta nie została w żaden

sposób uzupełniona czy też zmodyfikowana, a wyjaśnienia Odwołującego były spójne z oświadczeniem woli zawartym w ofercie. Nietrafione są także twierdzenia Zamawiającego odnośnie konieczności poznania modelu oraz producenta węzownicy i grzałki z uwagi na nie kwalifikowalność tych wydatków w projekcie. Konieczność wykazania tych kosztów sprowadza się jedynie do ich wyodrębnienia, co też uczynił Odwołujący w kalkulacji. Zamawiający nie wykazał aby rozliczenie kosztów w projekcie wiązało się z jednoczesnym obowiązkiem wskazania modelu i producenta tych elementów. Nie wynika to również ani z dokumentacji postępowania, ani z regulaminu konkursu. Nieudowodniona oraz niemająca oparcia w dokumentacji postępowania jest ponadto okoliczność, że Zamawiający jest zobowiązany przekazać mieszkańcom informacje o modelu i producencie grzałki oraz węzownicy, przy czym i ta argumentacja odnosi się jedynie do danych urządzeń, a nie części składowych tych urządzeń.

Przechodząc natomiast do drugiej okoliczności podnoszonej w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, a więc braku wypełnienia kolumny dotyczącej modelu i producenta systemu, który oferuje Wykonawca to wskazania wymaga, że i w tym zakresie Izba nie dopatryła się niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego, oferuje on system, który zostanie dopiero stworzony na potrzeby Zamawiającego. Nie ulega więc wątpliwości, że na moment złożenia oferty system ten nie funkcjonował w obrocie, co oznacza że nie posiadał ani modelu ani producenta. Treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień w postępowaniu jest więc zgodna z treścią oferty, w żaden sposób jej nie zmieniając. W ocenie Izby, przeprowadzona przez Zamawiającego procedura wyjaśnień służy właśnie takim sytuacjom jaka zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie mógł podać modelu i producenta systemu skoro system ten jeszcze nie został stworzony, a w wyniku wyjaśnień Zamawiający uzyskał jednoznaczne informacje o przyczynie niewypełnienia spornej kolumny kalkulacji. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego całkowicie pominął złożone wyjaśnienia, co przeczy celowi dla którego Zamawiający kierował wezwaniem do Odwołującego. Co więcej, Odwołujący nie jest jedynym Wykonawcą, który zaoferował system „uszyty na miarę”. Zamawiający miał świadomość, iż wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty zaoferowali dokładnie tak jak Odwołujący - system indywidualnie przygotowany na potrzeby Zamawiającego.

W tym kontekście Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż w postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Zasada ta determinuje aby porównywalne sytuacje wykonawców w postępowaniu były traktowane jednakowo, a odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że byłoby to obiektywnie uzasadnione. Zamawiający stosuje zasadę równego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania. W przedmiotowej sprawie Zamawiający odrzucił oferty trzech Wykonawców, z uwagi na niewypełnienie pozycji dotyczącej modelu i producenta systemu, natomiast nie zastosował przy ocenie tej samej miary w stosunku do oferty Przystępującego. Izba zauważa, że wskazanie nazwy: „Sanito” w tej pozycji kalkulacji Przystępującego sugeruje, iż jest to wbrew twierdzeniom Przystępującego nazwa producenta, brak jest podania natomiast modelu systemu. Zamawiający różnie potraktował Wykonawców w zakresie informacji podawanych w kalkulacji i wyciągnął negatywne konsekwencje względem trzech Wykonawców a ofertę Przystępującego uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu, pomimo niewskazania również przez tego Wykonawcę modelu systemu. Powyższe oznacza, iż Zamawiający naruszył również art. 16 ustawy pzp.

Izba podziela ponadto stanowisko Odwołującego, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty kierował się nadmiernym formalizmem, całkowicie pomijając okoliczności podnoszone przez Odwołującego w wyjaśnieniach oraz treść sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania.

Konkludując, nie ulega zatem wątpliwości, że treść oferty Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, a Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, dlatego też Izba uwzględniając odwołanie nakazała unieważnienie tej czynności.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący:.....