Sygn. akt: KIO 2283/22

WYROK

z dnia 19 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 14 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 31 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Heatco Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wadowice - Urząd Miejski w Wadowicach

przy udziale wykonawcy INSTALMEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie jako wniesione po terminie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako dotyczące odpowiedzi zamawiającego na pytania nr 2, 4, 7, 9, 10.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 792 zł (słownie: siedemset dziewięćdziesiąt dwa złote, zero groszy) stanowiącą koszt dojazdu na rozprawę i noclegu pełnomocnika zamawiającego.

4. Zasądza od odwołującego Heatco Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach na rzecz

zamawiającego Gminy Wadowice - Urząd Miejski w Wadowicach kwotę 4392 zł (cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt dwa złote, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) 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: .....

Sygn. akt: KIO 2283/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Wadowice - Urząd Miejski w Wadowicach, dalej jako: „Zamawiający”,

prowadzi postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP", którego przedmiotem jest modernizacja i rozwój sieci ciepłowniczych miasta Wadowice, znak: I.271.64.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia

10 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00300667/01.

W dniu 31 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Heatco Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej: „Odwołujący", w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 284 ust. 2 ustawy PZP, poprzez udzielnie odpowiedzi niezgodnych z pytaniami Wykonawców (pozorna odpowiedź), udzielenie odpowiedzi wewnętrznie sprzecznych, udzielnie odpowiedzi budzących kolejne pytania lub wątpliwości, a tym samym zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawców, które wpłynęły nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert, zmianę opisu przedmiotu zamówienia wskutek odpowiedzi na zadane pytanie, w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności przez zdefiniowanie w treści dokumentów zamówienia wymogów, które czytane łącznie, dopuszczają złożenie oferty wyłącznie z produktów pochodzących od jednego producenta tj. produkowanych przez Firmę: Logstor International, co prowadzi do wyeliminowania pozostałych produktów pochodzących od innych producentów,

2) art. 16 pkt 1 ustawy PZP, poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu udzielenie odpowiedzi na pytania oznaczone numerem 2, 3, 4, 7, 9, 10, w sposób pozwalający na wyjaśnienie wątpliwości wykonawcy/wykonawców zadających pytanie, w sposób, który nie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób, który nie narusza zasad opisu przedmiotu zamówienia wynikających z art. 99 ust. 4 ustawy PZP. Odwołujący wniósł również o zmianę opisu przedmiotu zamówienia, na taki który umożliwia zaoferowanie i realizację umowy przy użyciu produktów pochodzących od co niemniej dwóch różnych producentów tj. zmianę opisu przedmiotu zamówienia na zgodny z art. 99 ustawy PZP.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający art. 99 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1) ustawy PZP ponieważ umożliwia on złożenie oferty oraz realizację umowy wyłącznie przy wykorzystaniu rur pochodzących od jednego producenta. Na powyższe naruszenia Ustawy Pzp zwrócili uwagę Wykonawcę kierując do Zamawiającego zapytania do treści SWZ, w których wnioskują o zmianę OPZ i opisu kryteriów premiujących zaoferowanie rur produkowanych wyłącznie przez jednego producenta. Zdaniem Odwołującego udzielone odpowiedzi są wewnętrznie sprzeczne lub też budzą kolejne pytania lub wątpliwości związane z postawionymi wymogami.

Odnośnie do odpowiedzi na pytanie nr 2, zdaniem Odwołującego odpowiedź jest wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony odpowiedzią na pytanie Zamawiający wpisał nowe normy, ale jednocześnie zobowiązał Wykonawcę, aby oferowane urządzenia spełniały wymagania załącznika nr 5 do PFU, w którym wpisane są stare normy. W ocenie

Odwołującego, Zamawiający powinien był zmienić odpowiednio postanowienia załącznika nr

5.

W zakresie odpowiedzi na pytanie nr 3 nie jest dla Odwołującego jasne jak należy rozumieć

postanowienie, iż w przypadku rur o średnicy DN 250 (Dz 400), przewodność cieplna przed i po starzeniu nie będzie brana pod uwagę. Czy zamawiający zakłada i dopuszcza, że rury o średnicy DN 250 będą wyprodukowane w innej technologii niż pozostałe średnice (o mniejszym wymiarze)?, a jeżeli tak, dlaczego Zamawiający nie żąda złożenia wraz z ofertą badań współczynnika przewodzenia ciepła przed i po starzeniu, żeby wykazać, że lambda będzie nie większa niż 0,026?

Wątpliwości Odwołującego dotyczące odpowiedzi na pytanie nr 4 koncentrowały się na ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający formułując je w takim brzmieniu nie tylko zamierza premiować zaoferowanie wyłącznie produktów Firmy Logstor International, ale w ogóle uniemożliwił zaoferowanie innych produktów, innych producentów, co jest niedopuszczalne.

Wyznaczenie kryterium oceny technicznej na poziomie 20%, gdzie jedynym parametrem tej oceny jest współczynnik przewodności ciepła, i to w tej chwili jedynie dla sieci rozdzielczych (do DN 125), a dla sieci magistralnej DN 250 już nie, wydaje się jawnym promowaniem tylko jednego producenta tj. firmy Logstor International. Uzasadnionym kryterium byłoby maksymalnie 5 %, a nie 20%. Poza tym tak sformułowane kryterium spowoduje zwiększenie kosztów realizacji inwestycji o kilkaset tysięcy złotych.

Jak dalej wskazuje Odwołujący, w jego ocenie odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 7 jest niezrozumiała i nie wyczerpuje zakresu pytania. Wykonawcy pytają, czy można zastosować mufy i pianki od innego producenta niż pozostałe elementy systemu preizolowanego, a Zamawiający odpowiada, że wymaga zastosowania kompletnego systemu rur preizolowanych dla wymaganej średnicy zgodnie z zapisami SIWZ.

Odnosząc się do pytania nr 9 i 10 Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w ogóle nie udzielił merytorycznej odpowiedzi na pytanie nr 9, przy czym wymaga podkreślenia, że jeśli zostanie potrzymane postanowienie SWZ, że takie badanie należy złożyć (pomimo, iż Zmawiający nie zamierza się korzystać z muf kolanowych dla realizacji przedmiotu zamówienia), to powyższy wymóg spełnia wyłącznie Firma Logstor International. Odnośnie pytania nr 10, w ocenie Odwołującego, żaden z producentów systemów rur preizolowanych samodzielnie nie produkuje ani pianki ani tym bardziej pojemników do pianki. Producenci co najwyżej wykonują konfekcjonowania pianki do odpowiednich pojemników (butelek lub jednorazowych woreczków).

Jak dodał Odwołujący, analiza wymogów zawartych w dokumentach zamówienia, zmodyfikowanych odpowiedziami na pytania Wykonawców, opublikowanymi dnia 26 sierpnia, wskazuje, że aby złożyć ofertę zgodną w warunkami zamówienia należy zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem rur produkowanych przez Firmę Logstor International, a żaden inny system rur preizolowanych, pochodzący od innego producenta nie spełnią wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał przy tym na następujące zapisy SWZ potwierdzające jego tezę:

- odpowiedź na pytanie nr 2 w zakresie współczynnika przed i po starzeniu, który ma nie być większy niż 0,026 W/mK,

- wymóg, aby rury do DN 125 posiadały barierę dyfuzyjną wykonaną z folii aluminiowej - załącznik nr 5 do PFU.

Odwołujący zwrócił również uwagę na obowiązek złożenia wraz z ofertą badania typu oferowanych złączy izolacyjnych prostych i kolanowych. W ocenie Odwołującego zasadne jest żądanie tego badania wyłącznie dla muf prostych, bez których niemożliwe jest wykonanie sieci ciepłowniczej z zastosowaniem systemu rur preizolowanych, natomiast żądanie badania dla muf kolanowych nie jest już niczym usprawiedliwione. Przedmiotowe postępowanie obejmuje zaprojektowanie i wykonanie osiedlowej sieci ciepłowniczej, do wykonania którego nie jest konieczne zastosowanie muf kolanowych, a zamiast nich, możliwe jest zastosowanie kolan prefabrykowanych. Ponieważ wykonanie projektu należy do wykonawcy, to on może zdecydować o konkretnym rozwiązaniu. Z uwagi na powyższe bezzasadne jest żądanie złożenie wraz ofertą badania typu muf kolanowych, tym bardziej jeśli wykonawca, w ogóle nie zamierza ich użyć do wykonania przedmiotu zamówienia.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 13 września 2022 r. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc w pierwszej kolejności o jego odrzucenie jako spóźnionego i ewentualnie o jego oddalenie w razie uznania przez Izbę, że nie ma podstaw do jego odrzucenia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał również, że spełnił kumulatywnie przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 284 ust. 3 ustawy PZP Zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy zamawiający nie dotrzyma terminu, o którym mowa w ust. 2 tego przepisu, jedyną konsekwencją tego jest obowiązek przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia odpowiednio ofert. Zamawiający termin składania ofert przedłużył do 7 września 2022 r., a więc Odwołujący nie poniósł żadnej szkody.

Odnośnie zarzutów odnoszących się do pytań 9 i 10 Zamawiający wskazał, że zostały one zadane po terminie. Zamawiający w ogóle nie miał obowiązku odpowiadać na te pytania, a jeśli nawet odpowiedział, to odpowiedź ta nie stanowi czynności zamawiającego, na którą przysługuje odwołanie, gdyż w art. 513 pkt 1 ustawy PZP wskazane zostało, że odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, a taką czynnością nie może być czynność, do dokonania której zamawiający nie był zobowiązany.

Odnośnie pytania nr 2 Zamawiający wskazał, że stosowanie polskich norm jest dobrowolne, a zatem zamawiający może je stosować w sposób dobrowolny, co uczynił, udzielając jednak odpowiedzi pozytywnej na pytanie wykonawcy, że może stosować wskazane w pytaniu normy z zastrzeżeniem spełnienia wymogów, zawartych w zał. 5 do PFU, stanowiącym załącznik do SWZ (który nie został zmieniony). Zamawiający nie zmienił w odpowiedzi na to pytanie w żadnym zakresie treści SWZ, a zatem termin na wniesienie odwołania wobec tego postanowienia już upłynął.

Jeśli chodzi o pytanie 3, Zamawiający w odpowiedzi na to pytanie, zgodnie z wnioskiem wykonawcy, dopuścił stosowanie rurociągów preizolowanych produkowanych metodą tradycyjną z zastosowaniem wskazanych wymagań- przychylił się do wniosku wykonawcy. Tym samym w odpowiedzi na to pytanie złagodził wymagania, dotyczące współczynnika przewodzenia ciepła przed i po starzeniu.

W zakresie pytania nr 4, zdaniem Zamawiającego, tak naprawdę jest to wniosek o zmianę SWZ, na który Zamawiający nie miał obowiązku odpowiadać. Zamawiający nie zmienił w odpowiedzi na tę pytanie w żadnym zakresie treści SWZ, z czego z kolei wynika, że jeśli wykonawca chciał kwestionować zapis SWZ w brzmieniu niezmienionym, to odwołanie jest wniesione po terminie, gdyż na to Odwołujący miał termin 5 dni, biegnący od dnia ogłoszenia SWZ.

Jeśli chodzi z kolei o pytanie 7, to również nie wpływa ono w żaden sposób na możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, biorąc pod uwagę, że obowiązek dostarczenia całości systemu od jednego producenta wynika nie z odpowiedzi na pytanie, a z nie kwestionowanego przez żadnego z wykonawców opisu przedmiotu zamówienia, co prowadzi do wniosku, że odwołanie jest w tym zakresie spóźnione.

W zakresie zarzutu nr 2, zdaniem Zamawiającego jest on również spóźniony, gdyż Odwołujący chcąc kwestionować zapisy OPZ, preferujące jego zdaniem jednego producenta, powinien był to zrobić po ich opublikowaniu, a nie w tym momencie.

Zamawiający dodał, że nawet w razie gdyby odwołanie nie zasługiwało zdaniem Izby na odrzucenie, to jest ono merytorycznie niezasadne, a więc powinno zostać oddalone.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem

odwołania w całości. Co prawda, poszczególne zarzuty postawione w treści odwołania Izba uznała za spóźnione, a zatem zasługujące na odrzucenie, jednak nie wszystkie z nich. Szczegółowe uzasadnienie dla części odrzuconej znajdzie się w uzasadnieniu prawnym.

Izba ustaliła również, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z

art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę INSTALMEDIA Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przystąpienie wpłynęło w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wykonawcy, po stronie którego przystąpił.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego zaprezentowaną w opozycji w stosunku do przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego wykonawca nie uprawdopodobnił, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego oraz nie wykazał hipotetycznej choćby szkody, jaką mógłby ponieść.

Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 525 ust. 1 ustawy PZP wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przystępujący mieści się w definicji wykonawcy, zawartej w art. 7 pkt 30 ustawy PZP, zachował termin do zgłoszenia przystąpienia, wskazał stronę, do której przystępuje oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Odwołujący kwestionuje w głównej mierze opis przedmiotu zamówienia, który jego zdaniem faworyzuje jednego producenta materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, zatem popieranie takiego odwołania przez Przystępującego zdecydowanie leży w jego interesie, gdyż w razie jego uwzględnienia, zapisy OPZ mogą ulec zmianie i złagodzeniu. Przystępujący nie miał obowiązku wykazywania szkody, jaką mógłby ponieść. Przesłanka taka nie warunkuje skuteczności zgłoszonego przystąpienia.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba wzięła również pod uwagę dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:

- wydruki katalogów produktów producentów rur preizolowanych (Elzas Leszno, Radpol,

LOGSTOR, ISOPLUS, ZPU Jońca, KELIT P-Termika Instalacje Sp. z o. o.)

- katalog wyrobów firmy ZPU Międzyrzecz Spółka z o. o.

na okoliczność tego, że przy obecnych zapisach SWZ możliwe jest złożenie oferty przy użyciu materiałów preizolowanych innych producentów.

- katalogi produktów różnych producentów, na okoliczność tego, że każdy z nich określa piankę dedykowaną do swojego systemu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja i rozwój sieci ciepłowniczych miasta Wadowice, znak: I.271.64.2022.

Ogłoszenie postępowania miało miejsce w dniu 10 sierpnia 2022 r. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego opublikowana została dokumentacja.

Zamawiający od dnia ogłoszenia postępowania dokonywał następujących czynności:

- opublikowanie odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 12 sierpnia 2022 r.,

- zmiana treści SWZ z dnia 23 sierpnia 2022 r. wraz z przedłużeniem terminu składania ofert

do 31 sierpnia 2022 r.,

- zmiana treści SWZ z dnia 26 sierpnia 2022 r. wraz z przedłużeniem terminu składania ofert do 5 września 2022 r. (odpowiedzi na pytania opublikowane w ramach ww. zmiany SWZ stanowią zasadniczy przedmiot odwołania),

- zmiana treści SWZ z dnia 31 sierpnia 2022 r. wraz z przedłużeniem terminu składania ofert do 7 września 2022 r.,

- zmiana treści SWZ z dnia 6 września 2022 r. wraz z przedłużeniem terminu składania ofert do 20 września 2022 r.

- zmiana treści SWZ z dnia 16 września 2022 r. wraz z przedłużeniem terminu składania ofert do 22 września 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba pragnie odnieść się do części odrzuconej.

Odwołujący jako zarzut postawiony w petitum odwołania wskazuje naruszenie art. 284 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań wpłynął do zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom. Konsekwencje niedotrzymania ww. terminu określone zostały w ust. 3, zgodnie z którym Zamawiający przedłuża termin składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom. Zaniechaniem zastosowania ww. przepisu byłoby zatem nieudzielenie odpowiedzi w ogóle, w sytuacji gdy odpowiedź była obligatoryjna lub nieprzedłużenie terminu składania ofert w razie spóźnionej odpowiedzi (ust. 3). Zamawiający udzielił jednak odpowiedzi na zadane pytania, przedłużał również termin składania ofert.

Izba po lekturze całości odwołania doszła zatem do wniosku, że tak naprawdę zarzuty odwołania dotyczą w całości opisu przedmiotu zamówienia, który po zmianach, zdaniem Odwołującego, faworyzuje jednego producenta rur preizolowanych i pod tym kątem analizowała wniesione odwołanie. Zarzuty odwołania nie są bowiem ograniczone tylko i wyłącznie do petitum odwołania, a wynikają nierzadko z treści uzasadnienia oraz przedstawionych przez Odwołującego okoliczności faktycznych i prawnych i taka te z sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie.

Przechodząc do części odrzuconej, zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W przypadku postępowania, którego dotyczy sprawa, termin ten wskazany jest w art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP i wynosi 5 dni od dnia publikacji dokumentów zamówienia

na stronie internetowej.

Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, Specyfikacja Warunków Zamówienia została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia 10 sierpnia 2022 r. Postanowienia specyfikacji, które stały się przedmiotem większości zarzutów wniesionego odwołania były zatem znane Odwołującemu

od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SWZ nie zostały zmienione przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania wykonawców opublikowanych w dniu 26 sierpnia 2022 r. Wskazać należy, że odpowiadając na pytania oznaczone numerami 2, 4, 7, 9, 10 Zamawiający co do zasady nie zgadzał się ze stanowiskiem wykonawcy zadającego pytanie i podtrzymywał dotychczasową treść SWZ.

W zakresie części pytania nr 2, Odwołujący nie kwestionuje wprowadzenia przez Zamawiającego nowych norm, a jedynie postanowienia SWZ, które były mu znane od początku ich opublikowania, tj. dotyczące starych norm. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem 15 sierpnia 2022 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie wykonawcy pozostawił bowiem dotychczasowe zapisy SWZ i dodał nowe zapisy, dopuszczając stosowanie nowych norm. Wykonawca chcący kwestionować zapisy dotyczące starych norm powinien był wnieść odwołanie w terminie 5 dni od dnia opublikowania kwestionowanego

zapisu.

W zakresie pytania nr 4, Zamawiający kategorycznie nie zgodził się ze stanowiskiem wykonawcy zadającego pytanie i podtrzymał dotychczasowe zapisy SWZ. Treść kwestionowanych zapisów pozostała więc taka sama jak po ich opublikowaniu w dniu 10 sierpnia 2022 r. Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem 15 sierpnia 2022 r.

To samo dotyczy odpowiedzi na pytania nr 7, 9 i 10. Zamawiający podtrzymał dotychczasową treść SWZ. Kwestionowane postanowienia nie zostały zatem zmienione od momentu ich opublikowania w dniu 10 sierpnia 2022 r. Trzeba więc uznać, że termin na wniesienie odwołania upłynął 15 sierpnia 2022 r.

Z powyższych względów Izba w tej części odwołanie odrzuciła.

Odnosząc się natomiast do części oddalonej, Izba wskazuje, co następuje.

W odpowiedzi na pytanie nr 3 Zamawiający faktycznie zmienił treść SWZ, którą następnie zakwestionował Odwołujący wniesionym odwołaniem. Nie można więc mówić w tym przypadku o uchybieniu terminowi na wniesienie odwołania.

Zgodnie z treścią pytania nr 3:

„Ciepłociąg należy wykonać z rur preizolowanych produkowanych metodą ciągłą wyposażonych w barierę dyfuzyjną wykonaną zgodnie z normą PN-EN 253 z foli aluminiowej umieszczonej pomiędzy płaszczem HDPE a izolacją standardową wykonaną ze sztywnej pianki PUR. Metoda ciągła „conti" jest wykorzystywana do produkcji rur preizolowanych do płaszcza osłonowego HDPE maksymalnej średnicy Dz 355. Przy średnicy płaszcza osłonowego HDPE Dz 400 żaden producent wyrobów preizolowanych nie jest w stanie spełnić warunków specyfikacji.

Czy w związku z zapisem uniemożliwiającym złożenie oferty spełniającej wymagania SIWZ, Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur z barierą dyfuzyjną wykonana z folii aluminionej umieszczonej w płaszczu HDPE?".

Odpowiedź Zamawiającego:

„Zamawiający dopuszcza stosowanie rurociągów preizolowanych o średnicy płaszcza HDPE dz 400 produkowanych:
- metodą ciągłą z aluminiową barierą dyfuzyjną,
- z barierą dyfuzyjną wykonaną z folii aluminiowej umieszczonej w płaszczu HDPE,

- metodą tradycyjną, spełniającą normy wskazane w załączniku nr 5 do PFU.

W przypadku stosowania rur o śr. DN250 (dz 400 ą), przewodność cieplna przed i po

starzeniu nie będzie brana pod uwagę do oceny technicznej”.

Odwołujący nie przedstawił jednak w zasadzie żadnej argumentacji, która mogłaby skłonić Izbę do uwzględnienia odwołania w tym zakresie. W treści odwołania Odwołujący przedstawił tak naprawdę polemikę z treścią odpowiedzi na pytanie i zasygnalizował pewne wątpliwości dotyczące rozumienia zmienionych zapisów, ale nie uargumentował w żaden sposób jak kwestionowane przez niego zapisy naruszają przepisy ustawy PZP, w jaki sposób są niejednoznaczne, nieprecyzyjne czy też uniemożliwiające złożenie ważnej oferty.

Pamiętać bowiem należy, że ciężar dowodu spoczywa na tym, kto wywodzi ze swoich twierdzeń skutki prawne. Zakwestionowane określonego zapisu SWZ bez przytoczenia stosownej argumentacji tożsame jest z nieudowodnieniem stawianego twierdzenia i musi skutkować jego oddaleniem.

Niewykazany jest również zarzut dotyczący faworyzowania przez zmienione zapisy SWZ produktów pochodzących od jednego producenta. Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że przy uwzględnieniu odpowiedzi na pytanie nr 2 dotyczące współczynnika przed i po starzeniu oraz innych postanowień SWZ (wymaganie aby rury do DN 125 posiadały barierę dyfuzyjną wykonaną z folii aluminiowej), produkt o tych parametrach aktualnie posiadają dwie firmy, ale tylko jedna z nich spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego. Odwołujący jednak w żaden sposób tego nie wykazuje oraz nie przedstawia argumentacji, która pozwoliłaby Izbie na merytoryczne rozpatrzenie postawionego zarzutu. Z tego względu zarzut powyższy zasługiwał zdaniem Izby na oddalenie.

Również zarzut dotyczący obowiązku przedłożenia dokumentów, o których mowa w pkt 6.1.1 lit. d SWZ jest zarzutem spóźnionym. Nawiązuje on de facto do zarzutu odnoszącego się do pytania nr 9. Zapisy dokumentacji w tym względzie znane były Odwołującemu od momentu ich opublikowania. Zamawiający nie zmieniał ich kształtu. Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 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). Izba uznała za zasadne zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, jednakże w odniesieniu tylko do jednego pełnomocnika. Udział w posiedzeniu i rozprawie pozostałych dwóch pełnomocników nie był konieczny, a co za tym idzie, kosztów poniesionych i wykazanych przez tych pełnomocników, związanych z dojazdem na rozprawę oraz noclegiem Izba nie uznała za uzasadnione i tym samym odmówiła ich zasądzenia.

Przewodniczący: .....