Sygn. akt: KIO 673/23

WYROK z dnia 23 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 r. przez wykonawcę odwołującego SOLARTIME S.A. ul. Załęska 106B, 35-322 Rzeszów,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto i Gmina Olsztyn, Gmina Przyrów oraz Gmina Dąbrowa Zielona, w imieniu których działa Miasto i Gmina Olsztyn, Plac Marszałka Józefa Piłsudskiego 10, 42-256 Olsztyn, k. Częstochowy,

przy udziale wykonawcy Eco-Team sp. z o.o. sp.k., ul. Władysława Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego SOLARTIME S.A., ul. Załęska 106B, 35-322 Rzeszów, i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od odwołującego: SOLARTIME S.A. ul. Załęska 106B, 35-322 Rzeszów, na rzecz wnoszącego sprzeciw: Eco-Team sp. z o.o. sp.k., ul. Władysława Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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: ……

Sygn. akt KIO 673/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto i Gmina Olsztyn, Gmina Przyrów oraz Gmina Dąbrowa Zielona, w imieniu których działa Miasto i Gmina Olsztyn, Plac Marszałka Józefa Piłsudskiego 10, 42-256 Olsztyn, k. Częstochowy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż instalacji odnawialnych źródeł energii w ramach realizacji projektu: Zielona Jura – wzrost wykorzystania OZE w gminach Olsztyn, Przyrów, Dąbrowa Zielona”, numer referencyjny: IZP.271.28.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.12.2022 r., nr 2022/S 235-677231.

Pismem z dnia 28.02.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eco-Team sp. z o.o. sp.k.

W dniu 10.03.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2, art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty złożonej przez ECO-TEAM sp. z o.o. sp. k. i przyznanie jej w zakresie I części zamówienia największej ilości punktów, a w konsekwencji dokonanie wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy prawidłowo dokonana ocena złożonej oferty w zakresie kryterium VI - Współczynnik zależności temperatury a2 poprzez przyznanie 0 pkt winna skutkować uznaniem, że oferta złożona przez ECO-TEAM sp. z o.o. sp. k. nie jest najkorzystniejsza, a w konsekwencji została wybrana z naruszeniem zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zamówienie zostanie udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ECO-TEAM sp. z o.o. sp. k., pomimo zachodzącej sprzeczności w treści złożonej przez wykonawcę karty katalogowej, co winno prowadzić do wniosku, że oferta złożona przez ECO-TEAM sp. z o.o. sp. k. nie jest zgodna z warunkami zamówienia, a tym samym podlega odrzuceniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zgodnie z treścią rozdziału XIX Specyfikacji Warunków Zamówienia „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert", przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający będzie się kierował kryteriami oceny ofert wskazanymi

w tabeli, w tym m.in. „współczynnikiem zależności temperatury a2 liczonym od powierzchni apertury" dotyczącym kolektorów słonecznych. (…) W ramach oceny ofert przy pomocy powyższych kryteriów Zamawiający przewidział liczbę punktów 5 dla współczynnika zależności temperatury a2 liczonego od powierzchni apertury (kryterium nr VI) i przyznał wagę 5%. Natomiast, powyższą punktację (5) Zamawiający przyznaje, zgodnie z pkt 1.11 rozdziału XIX SWZ, kiedy współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury jest mniejszy niż 0,016 W/m^2K^2 (< 0,016 W/m^2K^2). (…)

Kierując się powyższymi wytycznymi, Zamawiający w dniu 28.02.2023 r. opublikował informacje o wyborze oferty wykonawcy ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej w części I zamówienia. Wykonawca ten uzyskał 98 pkt, przy uwzględnieniu przyznanych 5 pkt za kryterium nr VI - „współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury" kolektorów słonecznych. (…)

W karcie katalogowej kolektora słonecznego Energetyka Solarna ENSOL Galmet, ES2V/2,5S, którą przedłożył wykonawca ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. „wartość współczynnika zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury" został wskazany jako 0,0158, ale w rzeczywistości tyle nie wynosi. (…)

Dokonując wyliczenia wartości przedmiotowego wskaźnika, z wykorzystaniem danych wynikających z załączonej przez ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. karty katalogowej, otrzymywana wartość wskaźnika wynosi 0,01615. Jest to wartość wyższa, aniżeli wskazał wykonawca ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. i wyższa od tej „premiowanej" przez Zamawiającego. Tym samym występuje niespójność dotycząca parametrów zaoferowanego urządzenia. (…)

Powyższe uwagi mają przełożenie na dokonanie prawidłowej oceny złożonych ofert, zgodnie z warunkami, o których mowa w dziale XIX Specyfikacji Warunków Zamówienia, bowiem dotyczą kryterium oceny ofert. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji przedmiotowego kryterium i przyznał wyłonionemu wykonawcy punktację na poziomie 0, z uwagi na brak spełnienia wymogu „< 0,016 W/m2K2", wówczas wykonawca ten uzyskałby liczbę punktów 93,37, a nie 98,37 i tym samym zająłby drugie miejsce, tuż za Odwołującym, który uzyskał liczbę punktów 95. Z całą stanowczością można zatem stwierdzić, że dokonanie przez Zamawiającego wadliwej oceny i badania ofert skutkujące wyborem oferty wykonawcy ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. jako najkorzystniejszej, spowodowało wybór oferty wykonawcy, który nie uzyskał największej liczby punktów (naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p.), a zatem z uchybieniem zasadom przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. oraz art. 17 ust. 2 p.z.p.).

Należy podkreślić, że zgodnie z zapisami SWZ to karta katalogowa stanowi podstawowy dokument, w oparciu o który dokonywana jest ocena spełnienia przez oferowane urządzenia minimalnych parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego. W rozdziale III pkt 12 SWZ

wskazano, że zamawiający wymaga złożenia do upływu terminu składania ofert przez wykonawcę następujących przedmiotowych środków dowodowych: „Kolektory słoneczne -kartę katalogową podpisaną przez producenta i/lub deklarację Producenta, jeśli karta katalogowa nie zawiera wszystkich wymaganych informacji celem wykazania spełnienia parametrów minimum przewidzianych dla kolektora słonecznego, opisane w dokumencie „Wzorcowe opracowanie techniczne instalacji solarnej" załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 6.a. Uwaga. Wskazany środek dowodowy odnosi się do kryteriów oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu". Powyższy zapis jednocześnie odsyła do treści załącznika nr 1 do SWZ tj. punktu 6a tego załącznika, w którym ujęto minimalne parametry techniczne, jakie mają posiadać zastosowane płaskie kolektory słoneczne. Wśród oznaczonych parametrów wymieniono - maksymalny współczynnik zależności temperatury utraty ciepła a2 (powierzchnia apertury).

Zatem, w ocenie wykonawcy nie budzi wątpliwości, że podstawowym dokumentem, w oparciu o który powinna być dokonywana ocena złożonej przez wykonawcę oferty pod kątem spełnienia oczekiwanych wymagań technicznych winna być karta katalogowa urządzania, szczególnie, że to ona jako przedmiotowy środek dowody wymieniona została w treści specyfikacji i to względem niej dokonana została dodatkowa uwaga, że wskazany środek dowodowy odnosi się do kryteriów oceny ofert. W konsekwencji powyższego to dane zawarte w karcie katalogowej winny być wyznacznikiem wartości spornego wskaźnika, którego wartość w karcie złożonej przez wykonawcę ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. oznaczona została na poziomie 0,0158 W/m2K2. Natomiast stosując przedstawiony powyżej wzór, z wykorzystaniem danych wynikających z tej karty katalogowej, otrzymuje się wartość wskaźnika 0,01615 W/m2K2, a w konsekwencji należy przyjąć, że dane zawarte w karcie katalogowej są niespójne.

Na marginesie warto dodać, że niespójność danych występuje także w załączonych przez wykonawcę ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. raportach z badań (ich tłumaczeniu przysięgłym). W raportach tych występują następujące rozbieżności:

(…) Powierzchnię apertury Aa oznaczono jako 2,34 m2 – inaczej niż na str. 16 sprawozdania pełnego.

(…) Powierzchnię apertury oraz powierzchnię absorbera przyjęto jako 2,34 m2 – inaczej niż na str. 16 sprawozdania.

(…) Powierzchnię apertury przyjęto jako 2,350 m2 – inaczej niż na str. 4 sprawozdania.

Zatem, zdziwienie Odwołującego budzi niespójność ww. sprawozdań, co jednoznacznie potwierdza nierzetelność przedstawionych przez wybranego wykonawcę informacji w zakresie parametrów urządzenia, a tym samym spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nawet gdyby przyjąć (co nie zostało potwierdzone), że powyższe rozbieżności wynikają z zaokrągleń, to i tak okoliczność ta potwierdza jedynie, że

zaoferowane przez wykonawcę ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. urządzenie nie posiada współczynnika zależności temperatury a2 liczonego od powierzchni apertury mniejszego niż 0,016 W/m2K2. A mianowicie:

1. Określony na str. 16 pełnego sprawozdania z badań wskaźnik a2 względem powierzchni brutto przyjęto jako 0,0147 W/m2K2 z możliwym standardowym odchyleniem +/- 0,0003. Oznacza to, że prawidłowym zaokrągleniem tej wartości jest 0,015, co zostało następnie odzwierciedlone w skróconym sprawozdaniu z badań (str.1) i w karcie katalogowej.

2. Określony na str. 17 pełnego sprawozdania z badań wskaźnik a2 przyjęto jako 0,0147 W/m2K2, przy czym standardowe odchylenie wynosiło 0,000, co również potwierdza prawidłowość zaokrąglenia do wartości 0,015, zgodnie ze skróconym sprawozdaniem badań i kartą katalogową.

3. Przyjmując wartość wskaźnika z karty katalogowej na poziomie 0,015, przy prawidłowych zaokrągleniach wynikających ze sprawozdania z badań, otrzymujemy współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury równy 0,01615 W/m2K2.

Jednakże warto raz jeszcze zaznaczyć, że powyższe rozważania dotyczące niespójności w załączonych przez wykonawcę ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. sprawozdaniach z badań nie dotyczą bezpośrednio wykazania spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a jedynie karta katalogowa, jak wyraźnie wskazał Zamawiający w SWZ. (…)

W uzasadnieniu niniejszego zarzutu zastosowanie znajdują również argumenty przedstawione w pkt 3 powyżej w zakresie w jakim Zamawiający nie zweryfikował danych zawartych w karcie katalogowej urządzenia zaoferowanego przez wykonawcę ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Albowiem, niezależnie od tego, że Zamawiający wadliwie określił wysokość przyznanych punktów na rzecz wykonawcy ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. stwierdzić należy, że sprzeczność (o której mowa w pkt 3 powyżej), jaka zachodzi w złożonej karcie katalogowej urządzenia zaoferowanego przez tego wykonawcę, powoduje konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niespełniającej warunki zamówienia.

Warto zaznaczyć, że niedopuszczalne jest złożenie ponownie karty katalogowej, a Zamawiający nie ma możliwości poprawy oferty w zakresie danych w niej ujętych. Jak wskazano powyżej, w rozdziale III punkcie 12 SWZ Zamawiający podkreślił, że „wskazany środek dowodowy [karta katalogowa] odnosi się do kryteriów oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu". Zatem, wobec niespójności, o której mowa w pkt 3 powyżej, brak odrzucenia oferty wykonawcy ECO-TEAM Sp. z o.o. sp. k. powoduje naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) dokonania ponownej oceny i badania ofert,

3) odrzucenia oferty złożonej przez ECO-TEAM sp. z o.o. sp. k.

Pismem z dnia 13.03.2023 r. wykonawca Eco-Team sp. z o.o. sp.k., ul. Władysława Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 16.03.2023 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której poinformował o jego uwzględnieniu w całości.

Pismem z dnia 20.03.2023 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, zaś pismem z dnia 22.03.2023 r. przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy odwołujący i przystępujący podtrzymali stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji odnawialnych źródeł energii w ramach realizacji projektu „Zielona Jura – wzrost wykorzystania OZE w gminach Olsztyn, Przyrów, Dąbrowa Zielona". Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części I, której przedmiotem jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz kolektorów słonecznych.

W pkt 12 rozdziału III specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") zamawiający wymagał w części I złożenia m.in. następujących przedmiotowych środków dowodowych: „Kolektory słoneczne - kartę katalogową podpisaną przez producenta i/lub deklarację Producenta, jeśli karta katalogowa nie zawiera wszystkich wymaganych informacji celem wykazania spełnienia parametrów minimum przewidzianych dla kolektora słonecznego, opisane w dokumencie „Wzorcowe opracowanie techniczne instalacji solarnej" załącznik nr 1 do SWZ, w punkcie 6.a.

Uwaga. Wskazany środek dowodowy odnosi się do kryteriów oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu.”

W rozdziale XIX SWZ zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

	Opis Kryteriów oceny	Waga	Liczba punktów
I	Cena brutto	60%	60
II	Liczba bezpłatnych przeglądów instalacji kolektorów słonecznych (poza przeglądami wymaganymi przez producenta)	10%	10
III	Liczba bezpłatnych przeglądów instalacji fotowoltaicznych (poza przeglądami wymaganymi przez producenta)	10%	10
IV	Sprawność optyczna kolektora słonecznego w odniesieniu do apertury	10%	10
V	Współczynnik utraty ciepła a1 liczony od powierzchni apertury	5%	5
VI	Współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury	5%	5
Razem			100

W kryterium VI punkty miały być przyznawane w następujący sposób:

Współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury	Liczba punktów
0,020 - 0,016 W/(m ^{2}K^2)	Pzt = O pkt
< 0,016 W/(m ^{2}K^2)	Pzt = 5 pkt

Całkowita liczba punktów, jaką otrzyma dana oferta dla części I zamówienia miała zostać obliczona na wg wzoru P = C + G1 + G2 +Psok+ Pwuc + Pzt

gdzie: Pzt to liczba punktów przyznanych w ofercie ocenianej w kryterium: „Współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury”.

W załączniku nr 1 do SWZ w pkt 6a wskazano minimalne parametry techniczne, jakie mają posiadać zastosowane płaskie kolektory słoneczne, w tym: „Maksymalny współczynnik zależności temperatury utraty ciepła a2 (powierzchnia apertury) - 0,020 W/(m^{2}K^2)”.

Pod tabelą z minimalnymi parametrami technicznymi zamawiający wskazał: „Powyższe parametry proponowanych kolektorów (moc użyteczna, sprawność, współczynniki a1, a2, badanie odporności na grad i deszcz) potwierdzone w postaci załącznika z badań do certyfikatu i pełnymi wynikami badań Solar Keymark wg EN ISO 9806:2013”.

Przystępujący zadeklarował w ofercie współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury w wysokości < 0,016 W/(m^{2}K^2), czyli w wysokości, za którą w VI kryterium oceny ofert powinien otrzymać 5 pkt.

Przystępujący dołączył do oferty m.in. kartę katalogową kolektora słonecznego, w której wśród parametrów względem powierzchni apertury - wskazano współczynnik a2 w wysokości 0,0158 W/(m^{2}K^2). Przystępujący dołączył także pełny i skrócony raport z badań kolektora.

Pismem z dnia 28.02.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o przyznanej punktacji:

- oferta przystępującego – 98,37 pkt, w tym 5 pkt w kryterium VI,
- oferta odwołującego – 95 pkt, w tym 5 pkt w kryterium VI.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przyznania ofercie przystępującego 5 punktów w kryterium oceny ofert: współczynnik zależności temperatury a2 liczony od powierzchni apertury, w pierwszej kolejności należy zgodzić się z przystępującym, że wyliczenie ww. współczynnika wg wzoru zawartego w Normie ISO 9806:2017 (złożonej też przez odwołującego jako dowód), powinno być oparte na danych wynikających z badań urządzenia przeprowadzonych przez upoważnioną do tego jednostkę, nie zaś z karty katalogowej sporządzanej przez producenta. Tylko bowiem dane z badań przeprowadzonych przez właściwy podmiot mogą dawać obiektywnie porównywalne wyniki.

W niniejszej sprawie odwołujący posłużył się wzorem zawartym w Normie ISO 9806:2013:

I^2 względem apertury = powieizchmabTutto * $a2_{WZ}$qledem powierzchni brutto

' powierzchnia apertury

Jednakże odwołujący podstawił do tego wzoru wartość współczynnika a2 w wysokości 0,015, czyli w wysokości wskazanej w karcie katalogowej producenta jako współczynnik a2 względem powierzchni brutto, natomiast w raporcie z badań przeprowadzonych przez uprawnioną jednostkę certyfikującą TÜV Rheinland wartość współczynnika a2 została wskazana jako 0,0147. Po podstawieniu do ww. wzoru tej właśnie wartości współczynnika a2, czyli 0,0147, otrzymujemy wynik 0,0158:

a2 względem apertury = 2,52 / 2,34 x 0,0147 = 0,0158

Uzyskany wynik 0,0158 jest jednocześnie niższy od 0,016 W/(m^2K^2), co stanowi podstawę do przyznania ofercie przystępującego 5 pkt w VI kryterium oceny ofert.

Konieczność uwzględniania danych pochodzących z badań przeprowadzonych przez uprawnioną jednostkę potwierdza także dowód złożony przez przystępującego w postaci oświadczenia TÜV Rheinland Solar GmbH z dnia 21.03.2023 r., w którym wskazano, że: „W celu uzyskania prawidłowych wyników (…) należy skorzystać z danych pobranych wyłącznie z wyników pełnego sprawozdania z badań badanej próbki. Tylko taka metoda obliczeń, uwzględniająca pełne wyniki uzyskanych pomiarów pozwala na prawidłowe określenie wartości współczynnika a2 do powierzchnia apertury. Dla badanej próbki kolektora o numerze HV2019001172 uzyskano wartości współczynnika a2 do powierzchni brutto na poziomie 0,0147 zgodnie z danymi podanymi w pełnym sprawozdaniu z badań, pkt 23, strona 18 z 25 pełnego sprawozdania z badań. Odchylenie na poziomie ± 0,0003 jest dopuszczalnym odchyleniem, jakie można uzyskać podczas badań, natomiast do dalszych obliczeń należy przyjmować wartości uzyskanych pomiarów bez uwzględnienia możliwych odchyleń zgodnie z danymi podanymi na stronie 18 z 25 pełnego sprawozdania z badań".

Również producent oferowanego przez przystępującego kolektora w oświadczeniu z dnia 01.03.2023 r. złożonym jako dowód, wskazał: „Firma Ensol Sp. z o.o., producent kolektora słonecznego ES2V/2,52S AL.-Cu o numerze Solar Keymark 011-7S2939 F oświadcza, że w karcie podana wartość współczynnika a2 do powierzchni netto jest prawidłowa i wynosi 0,0158. Wartość współczynnika a2 do powierzchni brutto została podana do 3 miejsc po przecinku. Do wyliczeń wartości współczynnika a2 do powierzchni netto zawsze należy pobierać dane z pełnego raportu badań kolektora słonecznego".

Mając zatem na uwadze treść Normy, z której pochodzi wzór służący do wyliczenia współczynnika ocenianego w VI kryterium oceny ofert, konieczność oparcia wyliczeń na wynikach badań przeprowadzonych przez upoważnioną certyfikowaną jednostkę, jak też treść oświadczeń TÜV Rheinland Solar GmbH i producenta Ensol sp. z o.o., należy przyjąć, że w celu właściwego wyliczenia współczynnika a2 do ww. wzoru trzeba podstawić wartość 0,0147. Uzyskany wówczas wynik jest niższy od 0,016.

Izba nie podzieliła jednocześnie stanowiska odwołującego, zgodnie z którym wskaźnik 0,0147 (przed podstawieniem do wzoru) lub wynik 0,0158 należy zaokrąglić, co w obu przypadkach skutkowałoby tym, że obliczony współczynnik a2 nie byłby niższy od 0,016, a zatem nie byłoby podstaw do przyznania ofercie przystępującego 5 pkt w VI kryterium oceny ofert. Należy zwrócić uwagę, że wymóg zaokrąglenia nie wynika z postanowień SWZ, natomiast pkt A.16.4.1. Normy ISO 9806:2017, w którym znajduje się tabela A6, w której przewidziano obowiązek zaokrąglania do trzech miejsc po przecinku, dotyczy obliczania mocy cieplnej. Tym samym ww. tabela A6 zawarta w Normie ISO 9806:2017 nie dotyczy przedmiotu niniejszego sporu, czyli obliczania współczynnika zależności temperatury a2 liczonego od powierzchni apertury. Dlatego też nie ma podstaw do zastosowania zaokrąglenia w wyliczeniach ww. współczynnika.

W świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że przystępujący prawidłowo zadeklarował w swojej ofercie wartość współczynnika zależności temperatury a2 liczonego od powierzchni apertury w wysokości < 0,016 W/(m^2K^2) i zasadnie otrzymał w VI kryterium oceny ofert 5 pkt. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wskazać, że niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w tym przepisie, zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty w sytuacji braku wyraźnego wymagania, z którym oferta ta miałaby być niezgodna lub w sytuacji, gdy nie można bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z określonym wymaganiem, stanowiłoby naruszenie zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie przystępujący przedłożył dokumenty, tj. kartę katalogową kolektora oraz pełny i skrócony raport z badań TÜV Rheinland, w których wskazano powierzchnię apertury 2,34 m^2 z wyjątkiem str. 17 pełnego raportu (zgodnie z numeracją wskazaną w górnym prawym rogu raportu), gdzie wskazano powierzchnię apertury – 2,35 m^2. Ta niespójność pomiędzy ww. dokumentami, jak i w samym pełnym raporcie z badań, stanowi wg odwołującego, podstawę

odrzucenia oferty przystępującego.

W pierwszej kolejności należy zatem zauważyć, że odwołujący nie podnosi, aby którakolwiek z ww. wartości – 2,34 m^2 lub 2,35 m^2 była niezgodna z jakimkolwiek postanowieniem SWZ. Odwołujący zwraca jedynie uwagę na niespójność między nimi, ale taka niespójność nie może automatycznie przesądzać o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Dostrzeżenie tej niespójności obligowałoby zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień (bez możliwości uzupełnienia dokumentów, których uzupełnienie jest niedopuszczalne), gdyby uzyskanie takich wyjaśnień było konieczne do dokonania oceny, czy oferta jest, czy nie jest zgodna z warunkami zamówienia lub do dokonania oceny oferty w kryteriach oceny ofert.

W tym przypadku jednak należy zauważyć, że bez względu na to, czy powierzchnia apertury wynosi 2,34 m^2 lub 2,35 m^2 nie zachodzi niezgodność oferty z warunkami zamówienia ani zmiana w zakresie liczby punktów przyznanych tej ofercie. Żadna bowiem z ww. wartości nie wpływa na to, że spełniony jest parametr opisany w pkt 6a zał. 1 do SWZ, czyli maksymalny współczynnik zależności temperatury utraty ciepła a2 (powierzchnia apertury) - 0,020 $W/(m^2K^2)$, jak też podstawienie którejkolwiek z tych wartości do ww. wzoru nie powoduje podwyższenia wskaźnika ocenianego w kryterium oceny ofert, tj. współczynnika zależności temperatury a2 liczonego od powierzchni apertury, co potwierdza także oświadczenie TÜV Rheinland Solar GmbH z dnia 21.03.2023 r. złożone jako dowód przez przystępującego.

W związku z powyższym zauważona przez odwołującego niespójność między wartościami powierzchni apertury w złożonych dokumentach, nie obliguje zamawiającego do wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, ani tym bardziej nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało oddalone.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska odwołującego i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba uznała za nieprzydatne dowody w postaci kart katalogowych urządzeń producenta Hewalex złożone przez odwołującego i przystępującego, ponieważ nie dotyczą one kolektora oferowanego przez przystępującego, a ponadto ich treść nie może potwierdzać ani nie potwierdzać wymagań postawionych w niniejszym postępowaniu i prawidłowości obliczenia współczynnika zależności temperatury a2 liczonego od powierzchni apertury.

Wobec powyższych ustaleń Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący ...……..