Sygn. akt KIO 3097/23

WYROK

z dnia 2 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 31 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 października 2023 r. przez wykonawcę **EKOLOGIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeczycach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Izbica**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 w *petitum* odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.)
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2 w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **EKOLOGIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeczycach**, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy **P. K. prowadzącego działalność pod firmą KLIMA-MED K. P.** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego w części 3/4** oraz **Zamawiającego w części 1/4** i:
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
   4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **2 779 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą 1/4 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego.

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 2023 r., poz. 1605 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.

Sygn. akt KIO 3097/23

UZASADNIENIE:

Gmina Izbica (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa i montaż pompy ciepła w budynku Centrum Turystyczno-Edukacyjno-Kulturalnym w Izbicy", nr referencyjny: ZP.271.7.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 sierpnia 2023 pod numerem: 2023/BZP 00348532.

W postępowaniu tym wykonawca EKOLOGIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeczycach (dalej „Odwołujący") 18 października 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec zaniechań i czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1) wyborze oferty KLIMA-MED K. P. z siedzibą w Starych Kupiskach w sytuacji błędnego odrzucenia oferty Odwołującego się oraz złożenia oferty przez KLIMA-MED podlegającej odrzuceniu, a nadto z ceną ofertową wyższą od ceny zaoferowanej przez Odwołującego się;
2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KLIMA-MED K. P. z siedzibą w Starych Kupiskach, w sytuacji zaistnienia przesłanek do odrzucenia tej oferty wobec niezgodności złożonej oferty z warunkami zamówienia określonymi w SWZ;
3) odrzucenia oferty Odwołującego się mimo iż jego oferta spełniała warunki zamówienia przedmiotowego postępowania;
4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego się mimo spełnienia warunków zamówienia i złożenia oferty korzystniejszej

cenowo od wybranej oferty;

5)naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. traktowanie wykonawcy KLIMA-MED K. P. w sposób uprzywilejowany i preferencyjny w stosunku do Odwołującego w zakresie oceny spełnienia warunków i kwestii wzywania do składania wyjaśnień w zakresie wymogów technicznych przedmiotu dostawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 223 pzp przez wzywanie Odwołującego do wyjaśnień, mimo iż zestawienie oferty oraz wymagań Zamawiającego zawartych w SWZ kwalifikowało ofertę Odwołującego jako prawidłową i spełniającą wszelki warunki zamówienia;
2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez błędne odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, a także poprzez brak odrzucenia oferty KLIMA-MED K. P. z siedzibą w Starych Kupiskach z powodu niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, mimo iż oferta Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, a oferta KLIMA-MED nie spełniała tych warunków;
3. naruszenie art. 239 pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, mimo iż oferta Odwołującego spełniała wszelkie wymagania przetargu, a nadto byłą ofertą korzystniejszą cenowo od oferty wybranej w postępowaniu;
4. naruszenie art. 16 pkt 1 pzp naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. traktowanie wykonawcy KLIMA-MED K. P. w sposób uprzywilejowany i preferencyjny w stosunku do Odwołującego, co przejawiało się we: wzywaniu Odwołującego do składania wyjaśnień na wniosek KLIMA-MED dotyczących szczegółowych kwestii technicznych nieobjętych wymogami postępowania przy jednoczesnym braku domagania się szczegółowych analogicznych wyjaśnień od wykonawcy KLIMA-MED, działanie w zakresie domagania się od Odwołującego szczegółowych wyjaśnień nie z własnej inicjatywy, a z inicjatywy wykonawcy KLIMA-MED, przyjmując bezkrytycznie stanowisko zainteresowanego oferenta bez dokonania własnej obiektywnej analizy zasadności domagania się kolejnych szczegółowych wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ekologika sp. z o. o. ul. Polna 6, 21-560 Rzeczyca, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty KLIMA-MED K. P. z siedzibą w Starych Kupiskach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych, powtórzenie czynności oceny i badania ofert nieodrzuconych i dokonanie wyboru oferty
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu, kosztów zastępstwa pełnomocnika w postępowaniu zgodnie z załączoną fakturą oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

W dniu 13 października 2023 r. Zamawiający — Gmina Izbica, dokonał wyboru oferty KLIMA-MED K. P. z siedzibą w Starych Kupiskach w postępowaniu o udzielenie zamówienia: Dostawa i montaż pompy ciepła w budynku Centrum Turystyczno-Edukacyjno-Kulturalnym w Izbicy oraz powiadomił o tej czynności Wykonawców. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Zaproponowana przez Odwołującego cena była niższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający wybrał. Zamawiający odrzucił wszystkie oferty poza ofertą KLIMA-MED K. P.. Zamawiający w SWZ nie wymagał składania żadnych dokumentów technicznych, kart katalogowych, certyfikatów odnośnie pompy ciepła, a jedynie wskazania konkretnego modelu pompy ciepła oraz ogólnego potwierdzenia wymienionych kryteriów. Znajduje to wprost odzwierciedlenie w załączniku nr 8 do SWZ na zasadzie spełnia / nie spełnia, jako przedmiotowy środek dowodowy. Zamawiający pismem datowanym na dzień 6 września 2023 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych odnośnie parametrów zaoferowanych pomp ciepła.

Odpowiadając na wezwanie Odwołujący pismem z dnia 11 września 2023 r. przesłał Zamawiającemu informację techniczną otrzymaną od wyłącznego dystrybutora urządzeń na rynku Polskim, firmy Heating Polska sp. z o. o. z dnia 1 1 września 2023 r., potwierdzającą spełnianie wymaganych parametrów przez urządzenie. Według stanowiska Odwołującego Zamawiający nie powinien wzywać Odwołującego do wyjaśnień, bowiem jego oferta spełniała warunki zamówienia, w tym określone w załączniku nr 8 do SWZ.

Nadto, Zamawiający nie podjął z urzędu jakichkolwiek wątpliwości co do oferty Odwołującego, a wezwanie nastąpiło jedynie na skutek wcześniejszego pisma innego oferenta - KLIMA-MED. K. P.. Niezależnie od tego, Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego a informacja techniczna od dystrybutora — Heating Polska sp. z o. o. przesądzała o spełnieniu przez Odwołującego wszelkich wymogów technicznych zamówienia. Zamawiający pismem z dnia 20 września 2023 r. ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym samym zakresie, w jakim Odwołujący już wyjaśniał, tj. w zakresie tych samych parametrów technicznych. Ponownie wezwanie do wyjaśnień miało miejsce nie ze względu na wątpliwości Zamawiającego z jego inicjatywy, ale po ponownym piśmie z zarzutami,

skierowanym do Zamawiającego przez tego samego oferenta, który już wcześniej podnosił zarzuty, tj. KLIMA-MED K. P.. W odpowiedzi na ponowne wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 22 września 2023 r. ustosunkował się do wezwania, przesyłając jednocześnie bardzo szczegółowe wyjaśnienia przesłane przez dystrybutora pompy ciepła - Heating Polska sp. z o. o. (informacja techniczna z dnia 21 września 2023 r.). Wyjaśnienia dystrybutora potwierdzały niezbicie spełnienie przez Odwołującego wszelkich szczegółowych wymogów technicznych, których dotyczyło wezwanie. Zawiadomieniem z dnia 13 października 2023 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie wskazał w zawiadomieniu, iż wyjaśnienia oferenta są niespójne z dowodami oraz nie potwierdzają wymaganego przez Zamawiającego współczynnika COP, w związku z czym oferowana pompa nie jest zgodna z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w pkt 12-13 rozdziału V SWZ.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż wskazany pkt 12-13 rozdziału V SWZ nie dotyczy w ogóle jakichkolwiek wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, zatem uzasadnienie Zamawiającego jest w tym zakresie błędne, Niezależnie od tego wskazać należy, iż przesłany w wyjaśnieniach wycinek raportu z badań (raport nie był wymagany) jest zdaniem Zamawiającego według normy EN 14511-2, co nie jest prawdą, gdyż raport dotyczy badania według normy EN 14825 - informacja o tym jest na 1 stronie raportu (wyjaśnienia dystrybutora). Nadto, wielkość COP na poziomie 6,44 (Zamawiający wymagał 4,8) jest według Zamawiającego, podana dla parametru A7/W27, a nie jak Zamawiający wymagał A7/W35.Tymczasem Odwołujący spełnia wymogi technicznew tym zakresie. Dodatkowo, po otrzymaniu wskazanego zawiadomienia, Odwołujący zwrócił się do dystrybutora o odniesienie się do zarzutów wskazanych przez Zamawiającego. Dystrybutor — Heating Polska, pismem z dnia 13 października 2023 r. (w załączeniu) wskazał m.in. że: „Nie można podać wielkości COP zgodnie z A7/W35 dla normy EN 14825, bo tej wielkości po prostu nie ma. Wielkość ta istnieje dla normy EN 14511, ale zamawiający wprost wskazał normę EN 14825. Istnieją dwie normy: EN 14511 oraz EN 14825 (. . .) Nieistnieje żaden przepis czy dyrektywa, która nakazuje podawać w dokumentacjach technicznych wielkości w oparciu tylko jednej z norm. (…) nie istnieje żaden zapis w normach EN 14511 oraz EN 14825 mówiący o wielkościach parametrów i uzależniający ich wyniki dla różnicy pomiędzy temperaturą zewnętrzną [otoczenia] a temperaturą medium roboczego [np. wody]. (. . .)

Zamawiający wskazał, że oczekuje COP min. 4,8 dla A7/W35 [zgodnie z normą EN14825], a w uzasadnieniu odrzucenia opiera się na różnicy temperatury otoczenia i wody grzewczej = 280C i wskazuje, że wielkość COP dla A2/W30 [czyli znów różnicy temperatur wynoszącą 280C] jest mniejsza i wynosi 4,38 — oczywiście że tak będzie. (. . .) Oczywiście, że wielkość COP będzie zmniejszać się przy obniżaniu temperatury zewnętrznej — ta zależność wynika wprost z przemian termodynamicznych zachodzących podczas pracy każdej pompy ciepła”. Tym samym, zarzuty wskazane w uzasadnieniu odrzucenia są całkowicie niezasadne merytorycznie.

Oferta złożona przez wykonawcę KLIMA-MED K. P. powinna zostać odrzucona ze względu na brak wskazania w ofercie konkretnego modelu urządzenia (brak oznaczenia mocy). Oferent podał tylko gamę produktów. Tymczasem oferowana przez niego pompa BOSCH COMPRESS 7000i AW ORE występuje w 4 wariantach/modelach (7,9, 13 i 17 Potwierdzają to załączone: ulotka oraz instrukcja montażu pomp ciepła Bosch. Według załączonej ulotki oraz instrukcji montażu (instrukcja str. 27, ulotka str. 11) urządzenie zaoferowane przez KLIMA-MED nie spełnia parametru: zakres temperatury pracy od -20 do +45. Powyższe wynika także z załączonych dokumentów technicznych: ulotki oraz instrukcji montażu pompy ciepła BOSCH.

Zamawiający dopuścił się naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. traktowanie wykonawcy KLIMA-MED K. P. w sposób uprzywilejowany i preferencyjny w stosunku do Odwołującego. Odwołujący był wzywany do składania wyjaśnień na wniosek wykonawcy KLIMA-MED dotyczących szczegółowych kwestii technicznych nieobjętych wymogami postępowania, wykonawca KLIMA-MED nie był wzywany do przedstawiania analogicznych, szczegółowych i nieuzasadnionych parametrów technicznych. Nadto, działanie w zakresie domagania się od Odwołującego szczegółowych wyjaśnień nie wynikało z własnej inicjatywy Zamawiającego, a z inicjatywy wykonawcy KLIMA-MED. Zamawiający przyjął bezkrytycznie stanowisko zainteresowanego oferenta KLIMA-MED be dokonania własnej obiektywnej analizy zasadności domagania się kolejnych szczegółowych wyjaśnień. Jednocześnie takie wymogi bardzo szczegółowych wyjaśnień nie były stosowane wobec wykonawcy KLIMA-MED.

W złożonej pismem z 30 października 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in:

Zarzut nr 1

Zamawiający powyższe zarzuty uznaje za bezzasadne. Oferta firmy KLIMA-MED K. P. jako jedyna spośród ofert złożonych w terminie zgodnie z ocena Zamawiającego nie podlegała odrzuceniu.

Zarzut nr 2

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z treścią ust. 12 rozdziału III (Opis przedmiotu zamówienia) SWZ wymagał od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących

przedmiotowych środków dowodowych: wykaz minimalnych parametrów i cech funkcjonalnych, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw (pomp ciepłą) z wymaganiami związanymi z realizacją sporządzony zgodnie z załącznikiem Nr 8 do SWZ (składany wraz z oferta). Dodatkowo Zamawiający w ust. 13 ww. rozdziału SWZ informuje, że działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że w sytuacji, w której Wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający jednokrotnie wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Wykonawca KLIMA-MED K. P. do oferty załączyła wymagany przedmiotowy środek dowodowy wskazując, że oferuje pompę ciepła BOSCH Model: Compress 7000i AW ORE nie wskazując konkretnego modelu urządzenia.

W związku z tym Zamawiający w dniu 22.09.2023 r. na podstawie zapisów SWZ w związku z art.107 ust. 2 ustawy wezwał Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Firma KLIMA-MED K. P. w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie odpowiedziała na wezwanie wskazując, że zaoferowany model pompy ciepła to BOSCH Compress 7000i AW 17 ORE. Zamawiający uznał uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych za wystarczające.

Należy podkreślić fakt, że zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych w związku z art. 107 ust. 2 ustawy, Zamawiający wzywa do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, co zostało podkreślone również w SWZ. Odwołujący miał wiedzę w zakresie złożonych uzupełnień, ponieważ zostały mu one przesłane w dniu 04.10.2023 r. w ramach odpowiedzi na wniosek o udostępnienie dokumentacji z prowadzonego postępowania z dnia 03.10.2023 r. oraz jako załącznik do protokołu z postępowania.

Wykonawca KLIMA-MED K. P. w przedmiotowym środku dowodowym stanowiącym wykaz minimalnych parametrów i cech funkcjonalnych, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw (pomp ciepłą) z wymaganiami związanymi z realizacją sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ wskazał spełnienie wymaganych przez Zamawiającego parametrów dodatkowo do oferty załączając niewymagane w postępowaniu załączniki tj. dane techniczne, deklaracja zgodności CE, instrukcję obsługi, które znacznie ułatwiły ocenę oferty. W załączniku pn. „Dane techniczne" w pkt. 9.3 tego dokumentu dot. zakresu pracy pompy ciepła wskazano, że pompa ciepła wyłączy się przy temp. – 20 °C lub +35 °C oraz dodatkowo w trybie chłodzenia przy temp. +45 °C, w dokumentacji przetargowej w tym dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 7 do SWZ, Zamawiający nie precyzował w jakim trybie należy wykazać zakres temperatury pracy, w związku z powyższym pompa ciepła BOSCH Compress 7000i AW 17 ORE spełnia wymagania Zamawiającego w tym. zakres temperatury pracy – 20 °C/ +45 °C.

Odrzucenie oferty Odwołującego się, mimo iż jego oferta spełniała warunki zamówienia przedmiotowego postępowania

Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu odbyło się w dniu 29.08.2023r., w dniu 02.09.2023 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo od firmy KLIMA-MED K. P. wskazujące niezgodności parametrów oferowanych pomp ciepła z wymaganiami Zamawiającego dotyczących ofert firmy AVM ENGINEERING SP. Z O.O. oraz Ekologika Sp. z o.o. Według Zamawiającego nie można pozostawić żadnych elementów treści oferty jako niewyjaśnionych, w tym celu Zamawiający wezwał powyższych Wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał informację techniczna od dystrybutora – Heating Polska sp. z o. o., z informacją o posiadanych przez pompę ciepła Krommler DCM15 parametrach. Według Zamawiającego wyjaśnienia przesłane przez Odwołującego nie były wystarczające do potwierdzenia zgodności oferowanej pompy ciepła z warunkami zamówienia, ponieważ zgodnie z powszechnie udostępnianymi przez dystrybutora materiałami takimi jak ulotka Krommler DC Mitsubichi Inside, przedmiotowa

pompa ciepła charakteryzuje się innymi parametrami niż wskazane w informacji technicznej

Co więcej uwagę Zamawiającego przykuł fakt wskazania w informacji technicznej wielkości COP dla A7/W35 zgodnie z raportem z EN14825 równy 6,44, który jest nadzwyczaj wysoki w porównaniu z innymi oferowanymi pompami ciepła a mianowicie:

1. KLIMA-MED K. P. - BOSCH Compress 7000i AW 17 ORE- COP 4,87
2. AVM ENGINEERING SP. Z O.O. – NIBE F2040-16 – COP 4,85
3. Neoklima sp. z o.o. – SAMSUNG AE140BXYDGG/ EU MIN-503EN- COP 5,05

Powyższe rozbieżności zauważyła również firma KLIMA-MED K. P., wysyłając do Zamawiającego w dniu 19.09.2023 r. wniosek o wyjaśnienia zgodności parametrów pompy ciepła Krommler z wymaganiami zamawiającego. Nawiązując do powyższych wątpliwości Zamawiający w dniu 20.09.2023 r. na podstawie art. 223 ust 1 ustawy wezwał ponownie Odwołującego do wyjaśnień. Według Zamawiającego powyższe wątpliwości ujawnione w toku badania ofert bezspornie powinny być wyjaśnione przez Wykonawcę, a brak wezwania do wyjaśnień Wykonawcy byłoby zaniechaniem Zamawiającego.

W odpowiedzi na wniosek Odwołujący przesłał wyjaśnienia wraz z informacja techniczną w dniu 22.09.2023 r. Na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę firmy Ekologika Sp. z o.o. zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy.

W odwołaniu Wykonawca wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę w związku z tym, że oferowana pompa nie jest zgodna z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w pkt 12-13 rozdziału V SWZ. Zamawiający nie rozumie skąd taki wniosek wysnuł Odwołujący, w odrzuceniu oferty jako podstawę odrzucenia wskazano niezgodność oferowanej pompy ciepła z załącznikiem nr 7 projekt techniczny oraz załącznikiem nr 8 wykaz minimalnych parametrów i cech funkcjonalnych, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw (pomp ciepłą) z wymaganiami związanymi z realizacją.

Kolejno Odwołujący wskazuje, że przesłał raport z badań mimo, iż nie był wymagany. Zamawiający nie wymagał przedstawienia raportu, to Odwołujący z własnej inicjatywy przedłożył ten dokument. Jednakże należy podkreślić fakt, że według Zamawiającego to na Wykonawcy ciąży obowiązek rzetelnych i niebudzących wątpliwości wyjaśnień treści oferty. Zamawiający w toku badania ofert, dwukrotnie wzywał Wykonawcę do wyjaśnień umożliwiając ich rzetelne przedstawienie Zamawiającemu.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że raport z badań dotyczy normy EN14511-
2. Raport do zamawiającego został przekazany w wyjaśnieniach, jako zrzuty poszczególnych stron („print screen"), nie jako jeden łączny plik w związku z tym Zamawiający zasugerował się zapisem ze strony 2 wskazujący na EN14511-2. Rzeczywiści pierwsza strona raporty wskazuje na normę EN 14825:2018. Mimo tego, że raport wskazuje na normę EN14825:2018, to i tak Odwołujący nie potwierdza spełniania przez pompę ciepła typu Krommler DCM15 zgodności oferowanych dostaw (pomp ciepłą) z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia określonymi przez Zamawiającego w załączniku nr 7 projekt techniczny oraz załączniku Nr 8 wykaz minimalnych parametrów (…) do SWZ.

Odwołujący wskazał, że WEDŁUG ZAMAWIAJĄCEGO wielkość COP na poziomie 6,44 jest
wskazana dla parametru A7/W27, a nie jak Zamawiający wymagał A7/W35. W tym miejscu należy podkreślić fakt, że to z treści przedstawionego raportu jasno i bezspornie wynika, że COP na poziomie 6,44 jest wskazane dla punktu A7/W27. Należy nadmienić, że w wyjaśnieniach z dnia 11.09.2023 r. informacja techniczna potwierdza następujący parametr dla pompy ciepła Krommler DCM15 1) COP dla A7/W35 zgodnie z raportem z EN14825 wynosi 6,44.

Powyższe stanowi, rozbieżność między wyjaśnieniami Odwołującego, do których w odwołaniu
Wykonawca w ogóle się nie odniósł poza sformułowaniem „Tymczasem Odwołujący spełnia
wymogi techniczne w tym zakresie".

Dodatkowo Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 22.09.2023 r. rozbieżności pomiędzy wielkością COP określonej w karcie katalogowej a raportem z badań, Wykonawca wyjaśniał następująco: „Rozbieżność wynika z faktu, że wskazana norma EN14825 podczas badań uwzględnia częściowe obciążenie a w karcie katalogowej wskazujemy wielkość COP dla pełnego [100%] obciążenia cieplnego zgodnie z normą EN14511, co jest wskazane w karcie katalogowej". Pomijając fakt, że wprowadza zamawiającego w błąd wskazując COP dla punktu A7/W27 a nie A7/W35.

Następnie w odwołaniu Wykonawca wskazuje: „Nie można podać wielkości COP zgodnie z A7/W35 dla normy EN 14825, bo tej wielkości po prostu nie ma. Wielkość ta istnieje dla normy EN 14511, ale zamawiający wprost wskazał normę EN 14825. Istnieją dwie normy: EN 14511 oraz EN 14825 (…) Nie istnieje żaden przepis czy dyrektywa, która nakazuje podawać w dokumentacjach technicznych wielkości w oparciu tylko jednej z norm. (…), więc jeżeli wartość COP w punkcie A7/W35 zdaniem Wykonawcy nie istnieje, nadmieniam że powyższe stwierdzenie jest przytoczone w informacji technicznej dystrybutora Heating Polska sp. z o.o. z dnia 13.10.2023 r., ten sam dystrybutor w poprzednich informacjach zapewnia, co następuje: COP dla A7/W35 zgodnie z raportem z EN14825 wynosi 6,44. Czyli dystrybutor w wyjaśnieniach potwierdza wartość, która według niego nie istnieje.

Z uwagi na fakt, że Odwołujący zgodnie z raportem nie wskazał COP w punkcie A7/W35 (pomimo tego że zgodnie z wyjaśnieniami dystrybutora ta wartość wynosi 6,44) lecz w punkcie A7/W27, Zamawiający posiłkując się przekazanym raportem odniósł się do kolumny B ze wskazaniem COP w punkcie A2/W30. Zamawiający, próbując znaleźć w przedstawionym raporcie dane, które mogłyby potwierdzić wielkość COP, oparł się na definicji: Coefficient of Performance czyli COP, jest to współczynnik wydajności, wyrażający stosunek ilości dostarczonego ciepła do ilości energii elektrycznej zużytej przez pompę. W związku z tym porównywanie współczynników COP jest celowe w sytuacji, gdy porównujemy je w tych samych temperaturach. Zostało to uniemożliwione przez Odwołującego, ponieważ w wyjaśnieniach wskazuje COP dla A7/W35 (temperatura zewnętrza $7^{O}C$, temperatura medium roboczego $35^{O}C$) na poziome 6,44 natomiast zgodnie z raportem jest to dla punktu A7/W27 (temperatura zewnętrza $7^{O}C$, temperatura medium roboczego $27^{O}C$), co oczywiście stanowi, że współczynnik sprawności pompy będzie dużo wyższy przy mniejszej różnicy temperatur. W związku z tym Zamawiający wskazał w kolumnie B raportu bardziej korzystne warunki do porównywania COP. Zamawiający nie kwestionuje, faktu, że współczynniki COP przy A7/W35 oraz A2/W30 nie są tożsame, ale bardziej wiarygodne jest porównanie sprawności pompy przy tej samej różnicy temperatury, niż opieranie się na zupełnie innych wartościach, tak jak zrobił to Odwołujący wskazując COP dla punktu A7/W27.

Powyższe parametry zostały porównane przez Zamawiającego tylko i wyłącznie ze względu na rozbieżne wyjaśnienia

Wykonawcy i nie stanowiły bezpośredniej przyczyny odrzucenia oferty. Zamawiający podkreśla, że odrzucił ofertę ze względu na niespójne z przedstawionym dowodami wyjaśnienia oraz nie potwierdzenie wymaganego przez Zamawiającego współczynnika COP, w związku z tym zamawiający stwierdza, że pompa nie spełnia wymagań projektu technicznego.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący rozbieżnie i niespójnie wskazuje spełnienie przez pompę ciepła Krommler DCM15 współczynnika COP, mimo wzywania aż dwukrotnie do wyjaśnień i jasno sprecyzowanego wezwania Wykonawca przedstawił zaprzeczające sobie informacje techniczne sporządzone przez dystrybutora Heating Polska sp. z o. o.

Zarzut nr 4

Zamawiający nie uważa, że dopuścił się naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Należy podkreślić, że każda wątpliwość, która pojawia się w trakcie oceny ofert należy wyjaśnić. Brak wezwania do wyjaśnień jest zaniechaniem Zamawiającego. Wykonawcy jako profesjonaliści mają prawo do zgłaszania swoich wątpliwości, dlatego jest im umożliwiony wgląd w oferty oraz dokumenty postępowania. Odwołującemu również były udostępniane dokumenty postepowania. Błędne jest twierdzenie, że Zamawiający nie dokonał własnej obiektywnej analizy. Zamawiający wzywał wykonawcę do wyjaśnień z powodu nieścisłości we wskazanych w załączniki nr 8 wykaz minimalnych parametrów i cech funkcjonalnych, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw (pomp ciepłą) z wymaganiami związanymi z realizacją z ogólnodostępnymi kartami katalogowymi, instrukcjami, certyfikatami. Wątpliwości Zamawiającego były słuszne, ponieważ Wykonawca rozbieżności tłumaczył:

- zaniżeniem maksymalnej temperatury na zasilaniu w instrukcji obsługi, ze względu na to, że nie wszystkie instalacje hydrauliczne pozwalają na przeniesienie wyższych temperatur;
- podawany zakres pracy w karcie katalogowej oraz w instrukcji, nie jest zgodny ze stanem faktycznym, a rozbieżności wynikają z tego, że są to skrajne wartości, które w warunkach polskich prawie w ogóle nie występują;
- inny poziom akustyczny wynika z błędu przy redagowaniu materiału karty.

Zamawiający powyższe informacje mógł pozyskać tylko i wyłącznie wzywając Odwołującego do wyjaśnień w trakcie badania ofert przez Zamawiającego. Dane techniczne pomp ciepła pozostałych oferentów są ogólnodostępne i Zamawiający nie miał problemu z zapoznaniem się z nimi. Dodatkowych wyjaśnień wymagały parametry pompy ciepła Krommler DCM15, ponieważ zamawiający nie miał wiedzy, że parametry są celowo zaniżane, błędnie wpisane lub dotyczą poprzedniego modelu, który ma taki sam symbol. Powyższe argumenty przytaczał Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 22.09.2023r.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wyjaśnienia Odwołującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 528 pkt 3) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Powyższe oznacza, że odwołanie nie będzie rozpoznawane przez Izbę merytorycznie. Co istotne Krajowa Izba Odwoławcza bada z urzędu, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania.

W świetle art. 515 ust. 1 pkt 2) lit a) odwołanie, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 w *petitum* odwołania okazało się spóźnione. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 223 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. W toku postępowania Izba ustaliła, że pierwsze wezwanie zostało skierowane do Odwołującego 06 września 2023 r., a zatem termin na zaskarżenie czynności Zamawiającego upłynął 11 września 2023 r. Drugie wezwanie zostało skierowane do Odwołującego 20 września 2023 r., a zatem termin do zaskarżenie czynności Zamawiającego upłyną 25 września 2023 r.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na względzie art. 535 ustawy Pzp, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż pompy ciepła w budynku Centrum Turystyczno-Edukacyjno-Kulturalnym w Izbicy.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2 *w petitum* odwołania. Wskazany zarzut dotyczył odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Piotra Kucharskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KLIMA-MED K. P. (dalej: „KLIMA-MED").

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilku uwag natury ogólnej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Co istotne, zamawiający nie może zastosować ww. sankcji, jeżeli specyfikacja warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Dla oparcia i wyprowadzania konsekwencji prawnych z postanowień SWZ, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Zgodnie z art. 7 pkt 20) ustawy Pzp przez przedmiotowe środki dowodowe rozumie się środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. A zatem o tym, co jest przedmiotowym środkiem dowodowym nie decyduje zakwalifikowanie środka przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia, ale to, czy odpowiada on ww. definicji. Inaczej, przedmiotowe środki dowodowe definiuje się przez funkcję, jaką mają pełnić w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz ich treść, a nie przez formę czy nazwę dokumentu. W konsekwencji, nazwanie przez Zamawiającego załącznika do SWZ *przedmiotowym środkiem dowodowym* nie oznacza, że załącznik ten może być uznany za przedmiotowy środek dowodowy.

Przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia treści oferty, zatem należy odwołać się do regulacji art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który wskazuje, że *oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*. Treść oferty dotyczy przedmiotowej strony świadczenia oferowanego zamawiającemu przez wykonawcę - są to wymagania dotyczące przedmiotu umowy, zakres, ilość, jakość, parametry techniczne i inne elementy istotne dla realizacji przedmiotu przetargu. Za elementy oferty należy uznać wszelkie dokumenty, które określają treść zobowiązania. Nie ma żadnych wątpliwości, że w ofercie wykonawca winien dokładnie określić co zaoferował zamawiającemu.

Przechodząc do rozważań szczegółowych za całkowicie chybione i prowadzone w oderwaniu od rzeczywistej funkcji przedmiotowego środka dowodowego uznać trzeba wywody Zamawiającego, że treść załącznika nr 8 do SWZ jest przedmiotowy środkiem dowodowym, a co za tym idzie Zamawiający miał pełne prawo wezwać wykonawcę KLIMA-MED do uzupełnienia modelu pomy ciepła.

Zamawiający wymagał podania producenta oraz modelu pomy ciepła. Wykonawca KLIMA-MED w ofercie modelu pompy ciepła nie wskazał. Zaoferowana przez ww. wykonawcę pompa BOSCH COMPRESS 7000i AW ORE występuj w 4 wariantach/modelach. Brak wskazania modelu nie pozwalało Zamawiającemu na ustalenie jakie urządzenie wyceniono. Z przedłożonych przez KLIMA-MED dokumentów również nie można było wywieść jaki model został zaoferowany. Co za tym idzie, skoro podane przez wykonawcę dane nie określają w sposób jednoznaczny zaoferowanej pompy, a Zamawiający samodzielnie nie jest w stanie ustalić co zaoferował dany wykonawca, to jego oferta podlega odrzuceniu.

Odnosząc się do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego - w ocenie Składu orzekającego z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie Zamawiającego, wynika, że zaoferowana pompa spełnia wymagania określone w SWZ. Zamawiający nie wymagał przedmiotowych środków dowodowych zatem trudno zrozumieć dlaczego nie aprobuje oświadczenia własnego Odwołującego oraz oświadczenia i wyjaśnień dystrybutora pomp.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje:

Niezgodność oferty wykonawcy KLIMA-MED z wymaganiami Zamawiającego w zakresie temperatury pracy pompy - bezsporne między Stronami były następujące okoliczności: zaoferowana przez ww. wykonawcę pompa wyłącza się przy

temperaturze -20^{O}C lub +35^{O}C oraz dodatkowo w trybie chłodzenia przy temperaturze +45^{O}C; Zamawiający nie sprecyzował w jakim trybie należy wykazać zakres temperatury pracy. Skoro Zamawiający nie sprecyzował w dokumentacji trybu pracy to brak jest podstaw do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

W ocenie Składu orzekającego, nie są pozbawione racji twierdzenia Odwołującego, że powyższe wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia, a nadto Zamawiający nie posiada odpowiedniej instalacji aby pompa mogła działać w trybie chłodzenia. Przy czym specyfikacja warunków zamówienia nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań w tym zakresie.

Dziwić może fakt, że Zamawiający mimo braku odpowiedniej instalacji wybiera pompę ciepła, która w temperaturze +45^{O}C może działać wyłącznie w trybie chłodzenia, a zatem nie będzie działać u Zamawiającego. Jednakże nie jest rolą Izby racjonalizowanie czynności Zamawiającego. Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem. Biorąc powyższe pod uwagę ww. zarzut, w ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 3

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisu ma miejsce wtedy, gdy zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty nie stosuje, lub stosuje w sposób nieprawidłowy kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca, a zatem zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 4

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przepis ustawy Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc jego prawa do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania ich w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Skoro Zamawiający pozyskał informację o niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia to miał prawo wezwać do złożenia wyjaśnień. Nie jest niczym nadzwyczajnym, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy weryfikują oferty innych wykonawców i informują zamawiających o zauważonych niezgodnościach.

O zasadności zarzutu nie może świadczyć okoliczność zaniechania *domagania się szczegółowych analogicznych wyjaśnień od wykonawcy KLIMA-MEl*. Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert nie powziął wątpliwości co do zgodności oferty ww. wykonawcy z warunkami zamówienia. Co za tym idzie trudno oczekiwać, aby Zamawiający, nie mając uzasadnionych wątpliwości, wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) i d) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) 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 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1) i 2), Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania.

W przedmiotowej sprawie, Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Spośród czterech zarzutów jeden okazał się zasadny, zaś trzy – niezasadne.

Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 3/4 i Zamawiający w części 1/4. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 7 500 PLN oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 PLN oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 PLN. Łącznie koszty postępowania odwoławczego - 11 117 PLN.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11 117 PLN, tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia swego pełnomocnika oraz opłaty skarbowej, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 8 338 PLN (11 117 PLN x 3/4). Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów postępowania odwoławczego, tymczasem odpowiada za nie do wysokości 2 779 PLN (11 117 PLN x 1/4). Wobec powyższego Izba

zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 779 PLN.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: