

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Warta,

przy udziale wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASH R. S. z siedzibą w Ostrołęce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2337/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawcy ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASH R. S. z siedzibą w Ostrołęce kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego na wynagrodzenie pełnomocnika.

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 2023 r., poz. 1605) 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 2337/23

Uzasadnienie

Gmina Warta, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę instalacji odnawialnych źródeł energii w Gminie Warta”. Zamówienie zostało podzielone na dwie części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 maja 2023 r., pod numerem 2023/S 103-324461.

W dniu 7 sierpnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Klikawie, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą ZPH Krzaczek”, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego i jego zaniechań w toku postępowania przetargowego w zakresie części II zamówienia, które polegały na:

1) dokonaniu wyboru oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ASH R. S. z siedzibą w Ostrołęce (zwanego dalej „wykonawcą R. S.”) jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie w części II zamówienia, co miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem odrzucenia oferty tego wykonawcy,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy R. S. z powodu jej niezgodności z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”)

w zakresie części II zamówienia oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą PZP zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy R. S. w części II zamówienia, podczas gdy oferowane przez tego wykonawcę kotły nie spełniają wymogów przewidzianych w SWZ,

2) art. 239 ustawy PZP poprzez wybór oferty wykonawcy R. S. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SWZ i przepisami prawa powszechnie obowiązującego,

3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy R. S. jako oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia,

2) powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie części II zamówienia,

3) odrzucenie oferty wykonawcy R. S. w części II zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Odwołujący złożył również wniosek o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania

odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca ZPH Krzaczek wskazał, że w zakresie części drugiej zamówienia jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez jego konkurenta – wykonawcę R. S., któremu Zamawiający przyznał 100 pkt uznając, że spełnił on wszystkie warunki określone w SWZ. Przedmiotem oferty wykonawcy R. S. są 4 kotły: 1) Setlans Skye Plus 15 kW, 2) Setlans Skye Plus 20 kW, 3) Setlans Skye Plus 25 kW i 4) Setlans Skye Plus 30 kW. Jednakże w ocenie Odwołującego oferta wykonawcy R. S. nie spełnia wszystkich warunków wymaganych przez Zamawiającego określonych w SWZ z kilku powodów.

Przede wszystkim zdaniem Odwołującego oferowane w ramach przedmiotowego zamówienia kotły są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa, albowiem do wprowadzenia kotła do obrotu na terytorium UE konieczne jest posiadanie m. in.: 1) Instrukcji obsługi urządzenia, 2) Certyfikatu zgodności z normą PN/EN 303-5:2012, 3) Certyfikatu zgodności z ekoprojektem (ecodesign), 4) Karty Produktu, zgodnie z Rozporządzeniem Komisji Europejskiej nr 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. oraz 5) Etykiety energetycznej zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2017/1369 z dnia 4 lipca 2017 r. ustanawiającym ramy etykietowania energetycznego i uchylające dyrektywę nr 2010/30/UE. Wykonawca ZPH Krzaczek zauważył, że kotły oferowane przez wykonawcę R. S. nie posiadają etykiety energetycznej zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2017/1369 z dnia 4 lipca 2017 r. ustanawiającym ramy etykietowania energetycznego i uchylające dyrektywę nr 2010/30/UE. Wspomniane rozporządzenie ustanawia w art. 12 bazę danych o produktach – Europejski rejestr etykiet energetycznych Komisji Europejskiej (European Registry for Energy Labelling) – tzw. bazę EPREL. Zgodnie z art. 4 ust. 1 Rozporządzenia nr 2017/1369 producenci i importerzy wprowadzający po raz pierwszy na rynek unijny nowe modele produktów związanych z energią są zobowiązani do wcześniejszego ich zarejestrowania w bazie EPREL i podania informacji określonych w Załączniku nr 1 Rozporządzenia. Rejestrując urządzenie wraz z wymaganymi dokumentami w bazie EPREL, baza automatycznie generuje etykietę energetyczną dla danego urządzenia. Jest to dokument jedyny i niepowtarzalny, przypisany tylko do danego urządzenia. Nie ma innego sposobu uzyskania takiej etykiety umożliwiającej obrót urządzeniem na terenie Unii Europejskiej. Według stanu na dzień 4 sierpnia 2023 r. żadne z urządzeń producenta oferowanych urządzeń – kotłów Setlans Skye, tj. Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „KON-BUD M. C.”, nie ma wprowadzonych swoich wyrobów do bazy etykietowania energetycznego EPREL. Odwołujący podkreślił, że skoro zaoferowane kotły producenta Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „KON-BUD M. C.” nie znajdują się w bazie EPREL to nie mogą być przedmiotem obrotu, a w związku z tym nie posiadają ważnej etykiety energetycznej. Odwołujący dodał, że przepisy prawa unijnego zostały uzupełnione przez przepisy prawa krajowego w postaci ustawy z dnia 14 września 2012 r. o etykietowaniu energetycznym produktów związanych z energią (Dz.U. z 2020 r., poz. 378) i w art. 17 te same przepisy zostały ustanowione sankcją w postaci kary pieniężnej. Dodatkowo, brak właściwych etykiet energetycznych na kotłach będzie skutkował dla użytkownika końcowego (beneficjenta projektu) odpowiedzialnością z tytułu bez odpowiedniego oznaczenia. Według oceny Odwołującego wynika z tego, że treść oferty wykonawcy R. S. nie odpowiada podstawowym wymaganiom prawnym, albowiem Zamawiający w Załączniku nr 11 do SWZ – § 1 ust. 1 projektu umowy określił, że przedmiot zamówienia musi być wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a także zgodnie z najlepszą wiedzą i doświadczeniem wykonawcy oraz z zachowaniem najwyższej staranności. Dlatego Odwołujący uznaje, że treść oferty jego konkurenta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w związku z czym Zamawiający powinien odrzucić tą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Odwołujący uzasadnił ponadto, że Zamawiający w SWZ w ramach żądania dokumentów przedmiotowych w pkt 5.1.2 SWZ oczekiwał złożenia Wykazu oferowanych kotłów na biomasę – według załącznika nr 9 do SWZ. Ponadto, zgodnie z pkt. 5.2 SWZ Zamawiający nie przewidywał możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. W związku z tym, w części II załącznika nr 9, ubiegający się o zamówienie wykonawcy zobowiązani byli podać: nazwę producenta, model, numer katalogowy/seryjny, ilość sztuk oraz opis niezbędny do jednoznacznej identyfikacji produktu. Wykonawca R. S. zaoferował 4 modele jednego typoszeregu kotłów: Setlans Skye Plus 15 kW, Setlans Skye Plus 20 kW, Setlans Skye Plus 25 kW i Setlans Skye Plus 30 kW. Jako producenta wszystkich tych modeli wskazał jednego producenta, tj. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KON-BUD M. C.”. Następnie jako numer katalogowy seryjny wskazano: Setlans Skye Plus 15 kW, Setlans Skye Plus 20 kW, Setlans Skye Plus 25 kW i Setlans Skye Plus 30 kW. Następnie wykonawca R. S. zaoferował wymaganą ilość sztuk. Kolejnym wymogiem załącznika nr 9 było wskazanie opisu niezbędnego do jednoznacznej identyfikacji produktu.

W tej rubryce wybrany wykonawca, odpowiednio w rubrykach 1-4 wskazał: Setlans Skye Plus 15 kW, Setlans Skye Plus 20 kW, Setlans Skye Plus 25 kW i Setlans Skye Plus 30 kW. I na podstawie tak złożonej oferty Zamawiający dokonał wyboru i jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę wykonawcy R. S.. Odwołujący wyjaśnił też, że opierając się na wskazanych w ofercie danych, które identyfikują przedmiotowe urządzenia, zweryfikował je pod kątem zgodności z SWZ, która wprost odsyła w swej treści oraz w odpowiedziach na pytania Zamawiającego w zakresie wymagań dotyczących zamówienia do Załącznika nr 12 Opis przedmiotu zamówienia – PFU.

Odwołujący wskazał również, że w oparciu o stronę producenta Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KON-BUD M. C.” (<https://setlans.pl/>) dokonał on identyfikacji produktu zaoferowanego przez wykonawcę R. S., w tym na podstawie znajdujących się na wskazanej stronie internetowej dokumentów w postaci: 1) Instrukcji obsługi i montażu oferowanych urządzeń, 2) Certyfikatu nr 0211-Fi/22288 z dnia 4 sierpnia 2021 r. (certyfikat ecodesign), 3) Świadectwa badania nr O-B-01018-21 z dnia 16 czerwca 2021 r., 4) Świadectwa badania nr O-B-01714-20 1 z dnia 31 lipca 2020 r., 5) 4 kart produktów zgodnie z Rozporządzeniem Komisji Europejskiej nr 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. dla oferowanych urządzeń, tj. Setlans Skye Duo 15, Setlans Skye Duo 20, Setlans Skye Duo 25, Setlans Skye Duo 30, 6) 4 etykiet energetycznych dla oferowanych urządzeń, tj. Setlans Skye Duo 15, Setlans Skye Duo 20, Setlans Skye Duo 25 i Setlans Skye Duo 30. Odwołujący zaznaczył, że według Certyfikatu ecodesign kotły Setlans Skye 10, Setlans Skye 15, Setlans Skye 20, Setlans Skye o 25 i Setlans Skye 30 mogą być wprowadzane na rynek pod oznaczeniami handlowymi Setlans Skye Plus, Setlans Skye Duo i Setlans Skye Total, w związku z tym pobrane dokumenty Odwołujący jednoznacznie zalicza jako identyfikujące oferowane urządzenia Setlans Skye Plus 15 kW, Setlans Skye Plus 20 kW, Setlans Skye Plus 25 kW i Setlans Skye Plus 30 kW. Poza tym Odwołujący podkreślił, że z wymienionych dokumentów wynika, że producent może wprowadzać na rynek przebadane urządzenia pod różnymi nazwami, ale muszą być to te same wersje urządzeń, które były badane. Producent nie może dokonywać modyfikacji wpływających na parametry urządzenia podlegające certyfikacji.

Z uwagi na powyższe oraz na podstawie treści dokumentów pobranych ze strony internetowej Odwołujący stwierdził, że dokonał badania oferowanych urządzeń pod względem wymagań określonych w PFU i ustalił, że oferowane urządzenia,

nie spełniają wymogów PFU, a nawet nie mogą być one wprowadzane do obrotu (ze względu na brak właściwej etykiety energetycznej i wprowadzenia do bazy EPREL), z następujących powodów:

1) Zgodnie z PFU „wymagane parametry kotłów” (str. 20 PFU) Zamawiający określił minimalne pojemności zbiorników na pellet dla każdej z mocy kotła:

- dla kotła o mocy 15 kW min. 160 kg pojemności,
- dla kotła o mocy 20 kW min. 160 kg pojemności,
- dla kotła o mocy 25 kW min. 190 kg pojemności,
- dla kotła o mocy 30 kW min. 190 kg pojemności.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że z instrukcji obsługi oferowanego typoszeregu wynika, iż cały ten typoszereg nie spełnia wymogu pojemności zbiornika na pellet, ponieważ na str. 14 Instrukcji w tabeli IV – Zestawienie wymiarów typoszeregu kotła podane są pojemności zasobników dla każdej mocy kotła w typoszeregu:

- dla kotła o mocy 15 kW jest to 155 litrów,
- dla kotła o mocy 20 kW jest to 195 litrów,
- dla kotła o mocy 25 kW jest to 195 litrów,
- dla kotła o mocy 30 kW jest to 240 litrów.

Odwołujący podkreślił, że choć Zamawiający wymagał pojemności zbiornika w kilogramach, to pojemność w oferowanych kotłach podawana jest w litrach, natomiast 1 litra nie można utożsamiać z 1 kilogramem. Do porównania tych wartości Odwołujący dokonał stosownych obliczeń i aby określić masę substancji sypkich w określonej objętości zastosował współczynnik gęstości nasypowej. Gęstość nasypową biopaliw stałych Odwołujący obliczył według wzoru określonego przez normę EN 15103:2009, dla pelletu o średnicy 6mm wynosi ona min. 650 kg/m^3 i max. 750 kg/m^3 . I na tej podstawie Odwołujący ustalił, że rzeczywiste wartości pojemności zasobników oferowanych przez wykonawcę R. S. to:

- dla kotła o mocy 15 kW to ok. 116 kg pojemności,
- dla kotła o mocy 20 kW ok. 146 kg pojemności,
- dla kotła o mocy 25 kW ok. 146 kg pojemności,
- dla kotła o mocy 30 kW ok. 180 kg pojemności.

Zdaniem Odwołującego są to pojemności dużo mniejsze niż wartości wymagane przez Zamawiającego i dlatego należy uznać, że kotły zaoferowane przez wykonawcę R. S. są niezgodne z warunkami zamówienia.

2) Zgodnie z PFU „wymagane parametry kotłów” (str. 20 PFU) Zamawiający określił minimalne wartości mocy cieplnej dla każdego z oferowanych kotłów (przy ich maksymalnym obciążeniu) na poziomie:

- dla kotła 15 kW moc nie mniejsza niż 15 kW,
- dla kotła 20 kW moc nie mniejsza niż 20 kW,
- dla kotła 25 kW moc nie mniejsza niż 25 kW,
- dla kotła 30 kW moc nie mniejsza niż 30 kW,

Po analizie dokumentów dotyczących kotłów zaoferowanych przez wykonawcę R. S. Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe kotły nie spełniają wymagań Zamawiającego, ponieważ zgodnie z Kartami produktów umieszczonymi przez producenta dla oferowanych urządzeń, tj.:

- dla Setlans Skye Duo 15 – maksymalna uzyskana moc podczas badań to 14,1 kW, a nie jak wymagał Zamawiający 15 kW,
- dla Setlans Skye Duo 20 – maksymalna uzyskana moc podczas badań to 19,8 kW, a nie jak wymagał Zamawiający 20 kW,
- dla Setlans Skye Duo 25 – maksymalna uzyskana moc podczas badań to 23,6 kW, a nie jak wymagał Zamawiający 25 kW,
- dla Setlans Skye Duo 30 – maksymalna uzyskana moc podczas badań to 28,3 kW, a nie jak wymagał Zamawiający 30 kW.

Zdaniem Odwołującego powyższe wartości wskazują nie tylko na to, że zaoferowany typoszereg nie spełnia wymagań Zamawiającego, tj. nie uzyskuje on wymaganej mocy, ale również może skutkować w przyszłości dla Zamawiającego brakiem spełnienia wskaźnika uzysku energii z OZE w projekcie realizowanym przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania. Odwołujący podkreślił, że w dokumentach wydrukowanych przez niego ze strony internetowej występuje niezgodność co do mocy posiadanej przez oferowane urządzenia. Z Karty produktu wynikają bowiem inne wartości niż wartości ujawnione na str. 15 Instrukcji Obsługi, tabela V „Zestawienie parametrów technicznych kotła”, wiersz drugi „zakres mocy cieplnej”. Odwołujący podkreślił, że wartości na Karcie produktu są wartościami rzeczywistymi, zmierzonymi podczas badań certyfikujących.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 239 ustawy PZP Odwołujący podsumował, że PFU jako integralna część SWZ określa wymagania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, natomiast Zamawiający weryfikując oferty powinien mieć na uwadze określone przez siebie warunki zamówienia, nawet pomimo ograniczonego żądania dokumentów przedmiotowych. W sytuacji, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, to Zamawiający powinien taką ofertę odrzucić. Odwołujący podał również, że zgodnie z orzecznictwem, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, które Zamawiający opisał w dokumentach zamówienia i którego zaoferowania wymaga i właśnie taka niezgodność warunkująca konieczność odrzucenia oferty zaszła w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę R. S.. Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP Odwołujący wskazał, że rozstrzygające znaczenie ma brzmienie SWZ, a dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły. Tylko w ten sposób można zagwarantować pewność obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w

art. 16 ustawy PZP, tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Dzięki temu ogranicza się ewentualne niejasności i nieporozumienia skutkujące niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Odwołujący uważa, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie tylko zignorował postawione przez siebie wymogi co do świadczenia wykonawcy, ale nawet zaniechał jakiegokolwiek wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnień i nie przeprowadził chociażby podstawowej weryfikacji w zakresie zgodności z przepisami prawa wymaganych urządzeń. Odwołujący podkreślił, że postanowienia SWZ, w tym PFU w zakresie wymaganych cech urządzeń, są dla Zamawiającego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Zdaniem Odwołującego odstąpienie od określonych w SWZ wymogów na etapie oceny ofert przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy PZP wyrażającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę R. S., albowiem zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 21 sierpnia 2023 r., w którym uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w jego sprzeciwie z dnia 22 sierpnia 2023 r. i dalszym piśmie z dnia 25 sierpnia 2023 r. oraz stanowisko Odwołującego z jego pisma z dnia 24 sierpnia 2023 r. będącym repliką na sprzeciw uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego jako załączniki do ich pism oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, tj.:

- Dwóch zrzutów ekranu z bazy EPREL,
- Instrukcji obsługi i montażu oferowanych urządzeń,
- Certyfikatu nr 0211-Fi/22288 z dnia 4 sierpnia 2021 r. (certyfikat ecodesign),
- Świadectwa badania nr O-B-01018-21 z dnia 16 czerwca 2021 r.,
- Świadectwa badania nr O-B-01714-20 1 z dnia 31 lipca 2020 r.,
- 4 kart produktów zgodnie z Rozporządzeniem Komisji nr 2015/1189 z dnia 28 kwietnia 2015 r. dla oferowanych urządzeń, tj. SETLANS Skye Duo 15, SETLANS Skye Duo 20, SETLANS Skye Duo 25 i SETLANS Skye Duo 30,
- 4 etykiet energetycznych dla oferowanych urządzeń, tj. SETLANS Skye Duo 15, SETLANS Skye Duo 20, SETLANS Skye Duo 25 i SETLANS Skye Duo 30,
- 3 wydruków zbiorczych ze strony eprel.ec.europa.eu w zakresie oferowanych kotłów KON-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- 4 wydruków szczegółowych kotłów SETLANS Skye wskazujących datę wprowadzenia ich na rynek,
- 20 sztuk etykiet energetycznych kotłów linii SETLANS Skye,
- Oświadczenia producenta z dnia 21 sierpnia 2023 r.,
- Wydruku z oferty wykonawcy ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – Załącznika nr 9 do SWZ,
- Wydruku ze strony eprel.ec.europa.eu w zakresie oferowanych kotłów wykonawcy ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- Dwóch sztuk obrazu archiwalnej wersji strony generatora z dnia 20 października 2022 r.,
- Obrazu strony commission.europa.eu w języku angielskim,
- Wyciągu ze strony nr 9 instrukcji montażu kotła Krzaczek SKP BIO,

- Wyciągu ze strony nr 8 instrukcji montażu kotła Krzaczek SKP BIO-MAX,
- Sprawozdania z badań dotyczących oferowanych kotłów,
- Oferty firmy KON-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 29 czerwca 2023 r.,
- Grafiki przedstawiającej konstrukcję kotła SETLANS Skye Plus z wolnostojącym zbiornikiem pelletu,
- Wyciągu z instrukcji kotłów SETLANS linii Skye – porównania i różnic konstrukcyjnych kotłów Skye, Skye Plus, Skye Duo i Skye Total – strony 5, 8, 11, 12 i 13,
- Wyciągu z normy PN-EN 303-5 – strona 11,
- Wyciągu z normy PN-EN 303-5 – strona 45,
- Wyciągu z rozporządzenia Komisji nr 813/2013 z dnia 2 sierpnia 2013 r. w sprawie wykonania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/125/WE w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla ogrzewaczy pomieszczeń i ogrzewaczy wielofunkcyjnych – strona 4,
- Wyciągu z instrukcji kotłów SETLANS linii Skye – obrazów tabliczek znamionowych z określoną mocą nominalną/znamionową – strony 45-50,
- Wyciągu z instrukcji kotłów SETLANS linii Skye – tabelarycznego zestawienia danych, w tym mocy nominalnych/znamionowych – strony 11 i 14,
- Zapytania wykonawcy ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz odpowiedzi – pisma Zakładu Badań i Atestacji ZETOM z dnia 24 sierpnia 2023 r.,
- Zaświadczenia WE/ZK/2022/139K na zgodność z normą PN-EN 303-5:2012,
- Wyciągu z Instrukcji Kotłów SKP BIO MAX,
- Wyciągu z katalogu produktów ZPH Krzaczek Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- Wydruków ze strony krzaczek.eu/wp-content/uploads/2018/8/energskpbioimax.pdf
- Wydruku ze strony eprel.ec.europa.eu/screen/product/solidfuelboilers
- Zawiadomienia KON-BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 17 listopada 2022 r.,
- Odpisu pełnego KRS Spółki KON-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- Świadectwa z badań O-B-01018-21 i O-B-01714-20 dotyczące kotłów SETLANS Skye Plus z zewnętrznym magazynem pelletu,
- Wyciągu z normy PN-EN 303-5.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej, jednakże większość ze złożonych dowodów nie miała większego znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Dowody z dokumentów, które Izba uznała za przydatne dla rozstrzygnięcia tej sprawy, zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia orzeczenia. Ponadto złożone przez uczestnika postępowania dokumenty dotyczące oferty wykonawcy ZPH Krzaczek nie były w ogóle związane z przedmiotem zarzutów odwołania w niniejszej sprawie i Izba nie wzięła ich pod uwagę przy wydaniu wyroku. Jednocześnie Izba oddaliła na rozprawie wniosek dowodowy złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego o zwrócenie się z pismem do organizacji o nazwie Engineering Test Institute z siedzibą w Brnie w Czechach, albowiem w ocenie Izby wniosek ten zmierzał wyłącznie do przedłużenia tego postępowania odwoławczego, natomiast Izba jest władna do dokonania samodzielnej oceny wiarygodności dokumentów złożonych przez strony i uczestnika w postępowaniu odwoławczym, bez konieczności pozyskiwania dodatkowych informacji oraz dokumentów od innych podmiotów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Gmina Warta prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę instalacji odnawialnych źródeł energii w Gminie Warta”. Zamówienie podzielono na 2 części, z czego część druga zamówienia dotyczy instalacji kotłów na biomasę.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 maja 2023 r., pod numerem 2023/S 103-324461.

Zgodnie z pkt 4.4.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej i prac mających na celu realizację inwestycji polegającej na dostawie, montażu i uruchomieniu 43 sztuk instalacji kotłów na biomasę.

W świetle pkt 5.1.2 SWZ w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie części drugiej zamówienia Zamawiający oczekiwał złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu oferowanych kotłów na biomasę – zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych (pkt 5.2 SWZ). Także w pkt 10.5.2 SWZ Zamawiający podał, że wykonawcy powinni dołączyć do swojej oferty w zakresie części drugiej zamówienia Wykaz kotłów na biomasę na załączniku nr 9 do SWZ.

Ponadto zgodnie z § 1 ust. 1 projektu umowy (Załącznik nr 11 do SWZ) przedmiot zamówienia musi być wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a także zgodnie z najlepszą wiedzą i doświadczeniem wykonawcy oraz z zachowaniem najwyższej staranności.

W pkt 1.2.3 PFU (str. 19-20) stanowiącym Załącznik nr 12 do SWZ Zamawiający przewidział m. in. wymagania dotyczące montażu kotłów na biomasę dla kotłów o znamionowej mocy cieplnej nie mniejszej niż 15 kW, 20 kW, 25 kW i 30 kW:

1) Kotły na biomasę o znamionowej mocy cieplnej nie mniejszej niż 15 kW:

L.p.	Opis wymagań	Parametry wymagane
1	Typ kotła	Kocioł na paliwo stałe
2	Typ paliwa	Pelet drzewny spełniający wymagania EN 14961-2 klasa A
3	Znamionowa moc cieplna	Nie mniej niż 15 kW
4	Minimalna moc cieplna Q _{min}	Nie więcej niż 5 kW
5	Sprawność kotła przy pełnym obciążeniu	powyżej 93%
6	Sezonowa efektywność ogrzewania pomieszczeń zgodnie z wytycznymi dyrektywy UE 2015/1189 tzw. „Ekoprojektu”	Nie mniej niż 80%
7	Maksymalne ciśnienie robocze	do 3 bar
8	Klasa kotła wg EN 303-5	Nie niższa niż 5
9	Certyfikacja	Wymagane oznaczenie symbolem CE
10	Odpopielanie komory spalania i wymiennika	Automatyczne
11	Układ podnoszenia temp. powrotu	Zintegrowany system podnoszenia temperatury na powrocie
12	Palenisko	- optymalizacja procesu spalania oparta na pomiarze temp. spalin i pomiarze ciśnienia lub sonda lambda
13	Podajnik paliwa	ślimakowy z zabezpieczeniem przed cofaniem płomienia
14	Średnica odprowadzenia spalin	nie więcej niż 130 mm*
15	Wymagania dodatkowe	zbiornik na pelet min 160 kg

2) Kotły na biomasę o znamionowej mocy cieplnej nie mniejszej niż 20 kW:

L.p.	Opis wymagań	Parametry wymagane
1	Typ kotła	Kocioł na paliwo stałe
2	Typ paliwa	Pelet drzewny spełniający wymagania EN 14961-2 klasa A
3	Znamionowa moc cieplna	Nie mniej niż 20 kW
4	Minimalna moc cieplna Q _{min}	Nie więcej niż 6 kW
5	Sprawność kotła przy pełnym obciążeniu	powyżej 93%
6	Sezonowa efektywność ogrzewania pomieszczeń zgodnie z wytycznymi dyrektywy UE 2015/1189 tzw. „Ekoprojektu”	Nie mniej niż 81%
7	Maksymalne ciśnienie robocze	do 3 bar
8	Klasa kotła wg EN 303-5	Nie niższa niż 5

9	Certyfikacja	Wymagane oznaczenie symbolem CE
10	Odpopielanie komory spalania i wymiennika	Automatyczne
11	Układ podnoszenia temp. powrotu	Zintegrowany system podnoszenia temperatury na powrocie
12	Palenisko	- optymalizacja procesu spalania oparta na pomiarze temp. spalin i pomiarze ciśnienia lub sonda lambda
13	Podajnik paliwa	ślimakowy z zabezpieczeniem przed cofaniem płomienia
14	Średnica odprowadzenia spalin	nie więcej niż 130 mm*
15	Wymagania dodatkowe	zbiornik na pelet min 160 kg

3) Kotły na biomasę o znamionowej mocy cieplnej nie mniejszej niż 25 kW:

L.p.	Opis wymagań	Parametry wymagane
1	Typ kotła	Kocioł na paliwo stałe
2	Typ paliwa	Pelet drzewny spełniający wymagania EN 14961-2 klasa A
3	Znamionowa moc cieplna	Nie mniej niż 25 kW
4	Minimalna moc cieplna Q _{min}	Nie więcej niż 8 kW
5	Sprawność kotła przy pełnym obciążeniu	Nie mniej niż 94%
6	Sezonowa efektywność ogrzewania pomieszczeń zgodnie z wytycznymi dyrektywy UE 2015/1189 tzw. „Ekoprojektu”	Nie mniej niż 82%
7	Maksymalne ciśnienie robocze	do 3 bar
8	Klasa kotła wg EN 303-5	Nie niższa niż 5
9	Certyfikacja	Wymagane oznaczenie symbolem CE
10	Odpopielanie komory spalania i wymiennika	automatyczne
11	Układ podnoszenia temp. powrotu	Zintegrowany system podnoszenia temperatury na powrocie
12	Palenisko	Optymalizacja procesu spalania oparta na pomiarze temp. spalin i pomiarze ciśnienia lub sonda lambda.
13	Podajnik paliwa	Ślimakowy z zabezpieczeniem przed cofaniem płomienia
14	Średnica odprowadzenia spalin	Nie więcej niż 150 mm*
15	Wymagania dodatkowe	Zbiornik na pelet min 190 kg

4) Kotły na biomasę o znamionowej mocy cieplnej nie mniejszej niż 30 kW:

L.p.	Opis wymagań	Parametry wymagane
1	Typ kotła	Kocioł na paliwo stałe
2	Typ paliwa	Pelet drzewny spełniający wymagania EN 14961-2 klasa A
3	Znamionowa moc cieplna	Nie mniej niż 30 kW
4	Minimalna moc cieplna Q _{min}	Nie więcej niż 10 kW
5	Sprawność kotła przy pełnym obciążeniu	Nie mniej niż 95%
6	Sezonowa efektywność ogrzewania pomieszczeń zgodnie z wytycznymi dyrektywy UE 2015/1189 tzw. „Ekoprojektu”	Nie mniej niż 83%
7	Maksymalne ciśnienie robocze	do 3 bar
8	Klasa kotła wg EN 303-5	Nie niższa niż 5
9	Certyfikacja	Wymagane oznaczenie symbolem CE automatyczne
10	Odpopielanie komory spalania i wymiennika	
11	Układ podnoszenia temp. powrotu	Zintegrowany system podnoszenia temperatury na powrocie
12	Palenisko	Optymalizacja procesu spalania oparta na pomiarze temp. spalin i pomiarze ciśnienia lub sonda lambda
13	Podajnik paliwa	Ślimakowy z zabezpieczeniem przed cofaniem płomienia
14	Średnica odprowadzenia spalin	Nie więcej niż 150 mm*
15	Wymagania dodatkowe	Zbiornik na pelet min 190 kg

Formularz Wykazu oferowanych kotłów, którego wzór został zaprezentowany w Załączniku nr 9 do SWZ, wymagał podania jedynie nazwy producenta, modelu kotła, jego numeru katalogowego lub seryjnego, ilości sztuk oraz opisu niezbędnego do jednoznacznej identyfikacji produktu.

Uczestnik postępowania odwoławczego – wykonawca R. S. zaoferował Gminie Warta 43 kotły na biomasę wyprodukowane przez firmę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „KON-BUD” M. C., w tym 13 kotłów SETLANS Skye Plus 15 kW, 11 kotłów SETLANS Skye Plus 20 kW, 17 kotłów SETLANS Skye Plus 25 kW i 2 k SETLANS Skye Plus 30 kW.

Ostatecznie Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu w zakresie części drugiej zamówienia dotyczącej instalacji kotłów na biomasę wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę R. S., której przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W dniu 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty wykonawcy ZPH Krzaczek przedstawione w jego odwołaniu, niemniej równocześnie ustnie na posiedzeniu Izby i pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. wykonawca R. S., który zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Wobec powyższego Izba mogła rozpoznać merytorycznie złożone odwołanie i wydać wyrok. Analiza stanowisk pisemnych i ustnych stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania przetargowego i licznych dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania okazały się niezasadne i odwołanie jako takie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 ustawy PZP).

Art. 16 ustawy PZP reguluje natomiast podstawowe zasady zamówień publicznych stanowiąc, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty, 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP odrzucenia podlega oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Norma prawna z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Aby dokonać odrzucenia oferty na tej podstawie prawnej zamawiający powinien precyzyjnie i jednoznacznie określić swoje wymagania w dokumentacji zamówienia. W praktyce zamówień publicznych wśród najczęściej występujących okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia znajdują się m. in. zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia, zakres świadczenia wykonawcy lub sposób spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia, czy także równoważność zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazanie równoważności.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy R. S. z powodu jej rzekomej niezgodności z warunkami zamówienia należy wskazać, że Odwołujący upatruje niezgodności oferty swojego konkurenta z:

- wynikającym z par. 1 ust. 1 wzoru umowy (Załącznika nr 11 do SWZ) wymogiem, aby przedmiot zamówienia był wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a także zgodnie z najlepszą wiedzą i doświadczeniem, co Odwołujący odnosi do nieposiadania, jego zdaniem, przez kotły na biomasę zaoferowane przez wykonawcę R. S. etykiety energetycznej zgodnie z regulacją Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2017/1369 z dnia 4 lipca 2017 r. ustanawiającym ramy etykietowania energetycznego i uchylającego dyrektywę nr 2010/30/UE (dalej jako „Rozporządzenie nr 2017/1369”),
- wynikającym z pkt 1.2.3 PFU wymogiem określającym minimalne pojemności zbiorników na pellet dla każdej z mocy kotła na biomasę,
- również wynikającym z pkt 1.2.3 PFU wymogiem określającym minimalne wartości mocy cieplnej dla każdego z oferowanych kotłów na biomasę.

Z dokumentów złożonych w postępowaniu odwoławczym przez uczestnika, w tym zwłaszcza z załączonych do sprzeciwu wydruków, etykiet energetycznych kotłów linii SETLANS Skye oraz oświadczenia producenta z dnia 21 sierpnia 2023 r. wynika, że zaoferowane przez uczestnika 4 modele kotłów na biomasę marki SETLANS zostały wpisane do bazy EPREL, jak również że posiadają one wymagane prawem etykiety energetyczne. Jednocześnie wykonawca R. S. załączonymi do swoich pism dokumentami, tj. odpisem pełnym KRS Spółki KON-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zawiadomieniem tej Spółki z dnia 17 listopada 2022 r. oraz oświadczeniem producenta z dnia 21 sierpnia 2023 r., wykazał, że producentem zaoferowanych przez niego kotłów na biomasę marki SETLANS w dalszym ciągu jest ten sam przedsiębiorca, natomiast obecnie nieco inna nazwa producenta w dokumentach wynika tylko i wyłącznie ze zmiany formy organizacyjno-prawnej działalności przedsiębiorcy, który dostarcza mu kotły. W ocenie Izby okoliczność, że wykonawcy ZPH Krzaczek nie udało się odnaleźć w wyszukiwarce bazy EPREL kotłów marki SETLANS Skye wyprodukowanego przez dostawcę współpracującego z uczestnikiem nie świadczy o tym, że produkt ten w rzeczywistości nie został wprowadzony do tej bazy, albowiem u podstaw takiego stanu rzeczy mogło leżeć podnoszone przez uczestnika postępowania odwoławczego nieprawidłowe działanie strony internetowej.

Ponadto Izba stwierdza, że wykonawca ZPH Krzaczek jako jedyny zapis SWZ, z którym miałby być niezgodny kocioł na biomasę zaoferowany przez uczestnika postępowania odwoławczego w zakresie braku wprowadzenia produktu do bazy EPREL i braku etykiet energetycznych, wskazał § 1 ust. 1 projektu umowy. Jednakże należy zauważyć, że w § 1 ust. 1 projektu umowy zgodnie z jego literalnym brzmieniem Zamawiający wymagał od wykonawców jedynie, aby oferowane mu kotły na biomasę były wykonane (czyli wyprodukowane) zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zdaniem Izby nawet ewentualny brak następczego zarejestrowania produktu związanego z energią w bazie EPREL i nieposiadanie wymaganych etykiet energetycznych nie może przesądzać w ogóle tego, czy produkt taki został wykonany niezgodnie z obowiązującymi przepisami. Zgodnie z art. 4 ust. 1 Rozporządzenia nr 2017/1369 od dnia 1 stycznia 2019 r. przed wprowadzeniem do obrotu egzemplarza nowego modelu produktu związanego z energią dostawca wprowadza, w odniesieniu do tego modelu, do publicznej części bazy danych o produktach i jej części dotyczącej zgodności informacje określone w Załączniku I do Rozporządzenia, natomiast w przypadku, gdy egzemplarze modeli objętych aktem delegowanym są wprowadzane do obrotu między dniem 1 sierpnia 2017 r. a dniem 1 stycznia 2019 r., dostawca do dnia 30 czerwca 2019 r. wprowadza do bazy danych o produktach informacje wymienione w Załączniku I w odniesieniu do tych modeli (art. 4 ust. 2 tego Rozporządzenia). Baza EPREL została utworzona przez Komisję Europejską zgodnie z regulacją art. 12 ust. 1 Rozporządzenia nr 2017/1369 i składa się ona z części publicznej (dostępnej dla konsumentów), części dotyczącej zgodności (dostępnej dla krajowych organów nadzoru rynku) oraz portalu internetowego umożliwiającego dostęp do obydwu tych części. Cele, dla których została stworzona baza EPREL, wynikają z art. 12 ust. 2 Rozporządzenia i są nimi: a) wspieranie organów nadzoru rynku w wykonywaniu ich zadań na mocy rozporządzenia i odpowiednich aktów delegowanych, w tym w ich egzekwowaniu, b) dostarczanie społeczeństwu informacji dotyczących produktów wprowadzonych do obrotu, ich etykiet energetycznych oraz kart informacyjnych produktu, c) dostarczanie Komisji Europejskiej aktualnych informacji dotyczących efektywności energetycznej produktów do celów przeglądów etykiet energetycznych. Z powyższego wynika, że baza EPREL pełni przede wszystkim funkcje informacyjne dla konsumentów, organów kontrolujących i regulatora rynku, natomiast prawodawca unijny nie powiązał wprost dokonania wprowadzenia produktu związanego z energią do bazy EPREL z jego dopuszczeniem do obrotu. To dopiero krajowe organy nadzoru rynku, którymi zgodnie z regulacją art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 14 września 2012 r. o etykietowaniu energetycznym produktów związanych z energią (Dz. U. z 2020 r., poz. 378) są w Polsce Wojewódzkie Inspektoraty Inspekcji Handlowej oraz Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, kontrolują wykonywanie obowiązków przez dystrybutorów oraz dostawców produktów związanych z energią w zakresie etykietowania energetycznego, w tym obowiązków w odniesieniu do bazy EPREL. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 14 września 2012 r. o etykietowaniu energetycznym produktów związanych z energią w przypadku stwierdzenia niewykonania obowiązków, o których mowa

w art. 4 ust. 1 Rozporządzenia nr 2017/1369 lub obowiązków, o których mowa w art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy, organ kontrolujący zwraca się do dostawcy lub sprzedawcy o: 1) usunięcie niezgodności lub 2) wstrzymanie sprzedaży produktu związanego z energią, lub 3) wycofanie produktu związanego z energią z obrotu lub z użytku, lub 4) wycofanie produktu związanego z energią od użytkowników, lub 5) wstrzymanie się z udostępnianiem produktu związanego z energią, lub 6) zaprzestanie reklamowania produktu związanego z energią – oraz przedstawienie dowodów podjętych działań w terminie określonym przez organ kontrolujący. I dopiero wtedy, gdy dostawca lub sprzedawca nie przedstawi, w terminie ustalonym przez organ kontrolujący, dowodów podjętych działań lub w wyniku kontroli stwierdzono, że działania takie nie zostały podjęte, organ kontrolujący wydaje decyzję: 1) nakazującą sprzedawcy wstrzymanie sprzedaży produktu związanego z energią, 2) nakazującą dostawcy wycofanie z obrotu lub użytku produktu związanego z energią, 3) nakazującą usunięcie niezgodności, 4) nakazującą wycofanie produktu związanego z energią od użytkowników, 5) zakazującą udostępniania produktu związanego z energią, 6) zakazującą reklamowania produktu związanego z energią – w terminie określonym przez organ kontrolujący. Dodatkowo wykonanie przez dostawców i sprzedawców obowiązków określonych w art. 4 ust. 1 Rozporządzenia nr 2017/1369 i obowiązków, o których mowa w art. 9 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 14 września 2012 r. o etykietowaniu energetycznym produktów związanych z energią, obwarowane jest karami pieniężnymi unormowanymi w art. 17 ustawy. Z przytoczonych powyżej regulacji prawnych jednoznacznie wynika zatem, że nakazanie wstrzymania sprzedaży produktu związanego z energią lub jego wycofania z obrotu wymaga uprzedniego wezwania organu kontrolującego skierowanego do przedsiębiorcy niedopełniającego swoich obowiązków rejestracyjnych i informacyjnych, a dopiero następnie – po bezskutecznym upływie terminu określonego w wezwaniu – możliwe jest wydanie stosownej decyzji w oparciu o art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 14 września 2012 r. o etykietowaniu energetycznym produktów związanych z energią oraz nałożenie kary pieniężnej zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy. Obowiązek rejestracyjny produktu w bazie EPREL nie został więc wprost powiązany z możliwością jego wprowadzenia do obrotu i to dopiero organy kontrolujące mogą następnie nakazać jego wycofanie z obrotu, gdyby pomimo wezwania przedsiębiorca w dalszym ciągu uchylał się od wprowadzenia produktu do bazy EPREL.

W odniesieniu do zarzucanej przez wykonawcę ZPH Krzaczek w odwołaniu niezgodności kotłów na biomasę zaoferowanych przez uczestnika postępowania odwoławczego z pkt 1.2.3 PFU, tj. z wymogami określającymi minimalne pojemności zbiorników na pellet dla każdej z mocy kotła na biomasę i minimalne wartości mocy cieplnej dla każdego z oferowanych kotłów na biomasę, to zdaniem Izby Odwoławczej nie wykazał w ogóle, aby kotły marki SETLANS nie spełniały minimalnych wymagań Zamawiających w zaskarżonym w odwołaniu zakresie. Jeśli chodzi o minimalną pojemność zbiorników na pellet dla każdej z mocy kotła na biomasę, to Odwoławczy zaprezentował w swoim odwołaniu autorskie przeliczenie objętości kotła na jego wagę przy uwzględnieniu współczynnika gęstości nasypowej biopaliw stałych, co jego zdaniem miałyby dowodzić, że kotły zaoferowane przez wykonawcę R. S. są lżejsze aniżeli powinny być zgodnie z opisem wymagań zawartym na str. 19-21 PFU. W ocenie Izby jest to niewystarczające dla udowodnienia niezgodności zaoferowanego produktu z warunkami tego zamówienia, albowiem nie można zweryfikować prawidłowości założeń, w tym przyjętych przez Odwoławczego współczynników do dokonania obliczeń.

Jeśli natomiast chodzi o minimalną wartość mocy cieplnej dla każdego z oferowanych kotłów na biomasę, to już nawet ze złożonej przez Odwoławczego Instrukcji obsługi i montażu oferowanych urządzeń wynika, że kotły marki SETLANS Skye Plus 15, SETLANS Skye Plus 20, SETLANS Skye Plus 25 i SETLANS Skye Plus 30 posiadają wymaganą moc cieplną (str. 46-50 Instrukcji), tj. odpowiednio 15 kW, 20 kW, 25 kW i 30 kW. Ponadto trzeba również zauważyć, że wyciąg z instrukcji kotłów SETLANS linii Skye obejmujący obrazy tabliczek znamionowych z określoną mocą nominalną / znamionową potwierdzający posiadanie przez te kotły wymaganej wartości mocy cieplnej, został także załączony przez uczestnika postępowania odwoławczego do jego sprzeciwu z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwoławczy nie sprostął ciężarowi udowodnienia, że zaoferowane przez jego konkurenta kotły na biomasę marki SETLANS w zaskarżonym w odwołaniu zakresie miałyby być niezgodne z warunkami zamówienia, wobec czego zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP został uznany przez Izbę za nieuzasadniony.

Ponadto Izba nie uwzględniła zarzutów dotyczących naruszenia art. 239 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP jako zarzutów pochodnych wobec głównego zarzutu odwołania dotyczącego niesłusznego, zdaniem Odwoławczego, zaniechania odrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia. Przede wszystkim Odwoławczy upatruje naruszenia art. 239 ustawy PZP w samym wyborze jako najkorzystniejszej oferty podlegającej w jego opinii odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Jednakże aby można było mówić o naruszeniu tego przepisu ustawy PZP trzeba wykazać, że Zamawiający w jakikolwiek sposób naruszył ustalone przez siebie kryteria oceny ofert w odniesieniu do przyznania zawyżonej punktacji ofercie konkretnego wykonawcy. Takiego wadliwego działania ze strony Zamawiającego Odwoławczy nie wykazał jednak w swoim odwołaniu. Z uwagi na brak uchybień w czynnościach Zamawiającego w zakresie oceny zgodności oferty wykonawcy R. S. z warunkami zamówienia oraz jej oceny zgodnie z kryteriami oceny ofert nie jest również uprawnione stwierdzenie o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych uregulowanych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 239 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba zasądziła od Odwoławczego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego zwrot kosztów postępowania w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmujący wynagrodzenie pełnomocnika ustanowionego przez uczestnika postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....