

**WYROK**  
**z dnia 21 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz  
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 r. przez wykonawcę **EcoExperts Sp. z o.o., ul. Gierdziejewskiego 7 lok. 17, 02-495 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Turobin, ul. Rynek 4, 23-465 Turobin**

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie w części II zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Turobin, ul. Rynek 4, 23-465 Turobin** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **EcoExperts Sp. z o.o., ul. Gierdziejewskiego 7 lok. 17, 02-495 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Gminy Turobin, ul. Rynek 4, 23-465 Turobin** na rzecz wykonawcy **EcoExperts Sp. z o.o., ul. Gierdziejewskiego 7 lok. 17, 02-495 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zamościu.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. EKO ENERGIA W GMINIE TUROBIN. Część II Dostawa i montaż kotłowni opalanych paliwem typu pellet, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wykonawca EcoExperts Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. K. Gierdziejewskiego 7 lok. 17, 02-495 Warszawa) [dalej „odwołujący”] wniósł odwołanie wobec czynności Gminy Turobin (ul. Rynek 4, 23-465 Turobin) [dalej „zamawiający”, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, zarzucając zamawiającemu :

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez uznanie, że przedłożona przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 czerwca 2017 r. karta katalogowa urządzeń oraz świadectwo badania nie potwierdzają spełniania przez oferowane urządzenia parametrów określonych i wymaganych przez zamawiającego i w związku z tym niezasadne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. naruszenie art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty i zaniechanie dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w sytuacji, gdy złożone przez odwołującego dokumenty budziły wątpliwości zamawiającego, w okolicznościach, które nie uzasadniały odrzucenia oferty odwołującego albo unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części II,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. w przypadku uwzględnienia wyłącznie zarzutu drugiego nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyjaśniających w zakresie domniemanego niespełniania wymaganych parametrów przez urządzenia będące przedmiotem oferty odwołującego,
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł,
5. zobowiązanie zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie, a w szczególności oferty odwołującego oraz karty katalogowej urządzeń i certyfikatu przez niego przedłożonych,
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane.

Odwołujący podał, że jego oferta w II części zamówienia została oceniona jako najkorzystniejsza, w związku z czym odwołujący został wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w

postępowaniu.

Oświadczył, że w odpowiedzi na to wezwanie złożył kartę katalogową dla urządzenia EG-PELLET MINI dla modeli o parametrach wymaganych przez zamawiającego, tj. o mocy 16 i 24 kW oraz sprawności na poziomie nie mniejszym niż 90%, co – wskazał odwołujący – zostało potwierdzone na pierwszej stronie karty katalogowej oraz w tabeli na stronie drugiej. Uzupełnił, że karta potwierdza również opcjonalne wyposażenie kotła w automatyczny układ czyszczenia wymiennika.

Stwierdził, że także dostarczone przez niego świadectwo potwierdza spełnianie przez kocioł wymogu sprawności na poziomie co najmniej 90%.

Odwołujący podał również, że zamawiający odrzucił jego ofertę z tego powodu, iż przedstawione dokumenty nie potwierdzają zgodności parametrów zaoferowanych urządzeń z treścią SIWZ – przedłożone świadectwo badań wskazuje, że kocioł ma moc 23,1 kW, a karta katalogowa, że automatyczny system czyszczenia wymiennika określa jako opcjonalny.

Odwołujący wskazał, że wymagania techniczne urządzeń będących przedmiotem części II zamówienia zostały wskazane w ust. 4.3.3. SIWZ, natomiast ust. 8.3 pkt B SIWZ stanowi, że dla części II zamówienia „wymagane parametry powinny być potwierdzone w kartach katalogowych wydanych przez producentów urządzeń. Sprawność kotła powinna być potwierdzona certyfikatami wydanymi przez akredytowane jednostki”.

Odwołujący podał, że w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ oświadczył wprost, że przedmiotem jego oferty są urządzenia zgodne z wymogami zawartymi w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że przedstawiona zgodnie z ust. 8.3 pkt B SIWZ karta katalogowa stanowiła potwierdzenie spełniania wymaganych przez zamawiającego parametrów, w szczególności w zakresie mocy minimalnej, sprawności oraz wyposażenia w postaci automatycznego systemu czyszczenia wymiennika, jednak nieuzasadnione jest stanowisko zamawiającego jakoby określenie w karcie katalogowej systemu czyszczenia wymiennika jako wyposażenia opcjonalnego stanowiło o niespełnianiu parametrów technicznych przez zaoferowane urządzenie.

Podkreślił, że nie ma wpływu na treść karty katalogowej wydawanej przez producenta kotłów, a zamawiającemu przekazał dostępną jej wersja.

W ocenie odwołującego określenie na karcie systemu czyszczenia jako opcjonalne oznacza, że przedmiotowe urządzenie może zostać w niego zaopatrzone.

Skoro w formularzu ofertowym znalazło się wprost stwierdzenie wykonawcy, że urządzenie jest zgodne z SIWZ to znaczy – wywodził odwołujący – że oferuje kocioł, w którym to opcjonalne wyposażenie zostało zastosowane.

W odniesieniu do mocy kotła należy odwołujący podniósł, że karta katalogowa potwierdza, zgodnie z ust. 4.3.3. SIWZ, moc minimalną 24 kW. Przypomniął, że zgodnie z postanowieniem SIWZ sprawność kotła powinna zostać potwierdzona odpowiednimi certyfikatami, a dla innych parametrów wystarczającą jest karta katalogowa.

Zdaniem odwołującego przedstawione przez niego świadectwo i karta katalogowa potwierdzają sprawność urządzenia na poziomie nie mniejszym niż 90%.

Stwierdził, że zamawiający wymagał innego dokumentu dla potwierdzenia mocy minimalnej (karty katalogowej), a innego dla potwierdzenia sprawności (certyfikatu), jednak wywiódł – błędnie zresztą wedle odwołującego – minimalną moc kotła nie z karty katalogowej, ale z certyfikatu.

Staął na stanowisku, że zamawiający bezzasadnie przyjął, że wobec wskazania na badaniu nominalnej mocy kotła na poziomie 23,1 kW oferowane urządzenie nie odpowiada jego wymogom. Podkreślił, że co do potwierdzenia wymogu minimalnej mocy zamawiający żądał przekazania karty katalogowej, która to karta (dostarczona przez odwołującego) potwierdza ten parametr.

Przypomniął, że świadectwo miało potwierdzać jedynie sprawność kotła.

Oświadczył, że dostarczona karta katalogowa określa rzeczywistą moc urządzenia czyli 24 kW.

Wyjaśnił, że widniejąca na badaniu wielkość 23,1 kW wynika z metodyki przeprowadzania badań – podczas badania kotłów w akredytowanym laboratorium producent określa moc nominalną urządzenia; w tym przypadku moc nominalna została określona na 24 KW. Tolerancja badania wynosi +/- 8% co oznacza, że podczas badania urządzenia jego moc nie może być wyższa niż 25,92 KW. Podczas badania przedmiotowego kotła moc ustawiona była na 23,1 KW, co oznacza, że kocioł został przebadany w dopuszczalnych tolerancjach +/-8%, co określa polska norma 303-5:2012 (czeska CSN EN 303-5:2013).

Odwołujący oświadczył, że po uzyskaniu informacji o odrzuceniu jego oferty powziął działania w celu zdobycia kolejnych dokumentów potwierdzających parametry kotła – moc urządzenia oraz założona tolerancja zostały również potwierdzone w dokumencie pn. test report 39-10518/T1 (str. 33 oraz 34).

Odwołujący podniósł nadto, że zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli dostarczone przez

wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu budziły wątpliwości zamawiającego, zobowiązany był do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień lub złożenia, uzupełnienia dokumentów.

Uznał, że oznaczenie na karcie katalogowej automatycznego systemu czyszczenia wymiennika jako wyposażenia opcjonalnego nie mogło stanowić podstawy odrzucenia oferty odwołującego bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień w tym zakresie, co jest aktualne także w odniesieniu do parametru mocy cieplnej kotła.

Stwierdził, że jeżeli zatem zamawiający miał wątpliwość czy odwołujący oferuje kotły z opcjonalnym wyposażeniem automatycznego systemu czyszczenia wymiennika oraz z czego wynika różnica w mocy opisanej w karcie katalogowej i w certyfikacie to zobligowany był przynajmniej do uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień.

Powołał się na wyrok Izby o sygn. akt: KIO 2581/13 z dnia 18 listopada 2013 r., zgodnie z którym „W razie wystąpienia przy ocenie oferty wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust 1 zdanie pierwsze P.z.p. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się wątpliwości, co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust 1 ustawy P.z.p.”

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 14 lipca 2017 r., Świadczenia Badania Nr O-39-00715-17 Instytutu Badań Inżynieryjnych z Brna (Republika Czeska), złożonego na rozprawie przez odwołującego, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty odwołującego, tj. jej bezpodstawne odrzucenie oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia (oferta odwołującego była ofertą z najniższą ceną).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że przedłożona przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 czerwca 2017 r. karta katalogowa urządzeń oraz świadectwo badania nie potwierdzają spełniania przez oferowane urządzenia parametrów określonych i wymaganych przez zamawiającego i w związku z tym niezasadne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Odwołanie zostało wniesione w odniesieniu do części II zamówienia, tj. na dostawę i montaż kotłowni opalanych paliwem typu pellet (pkt 4. 1. SIWZ), w której w zakresie minimalnych parametrów kotła zamawiający wskazał m.in. (pkt 4.3.3. SIWZ Tabela):

- min. moc cieplna kotła – 16 kW lub 24 kW,

- system czyszczenia wymiennika – automatyczny,
- sprawność kotła – > 90%.

Zgodnie z pkt. 8.3. lit. B dla części II zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego zażądał on:

*„wymagane parametry powinny być potwierdzone w kartach katalogowych wydanych przez producentów urządzeń. Sprawność kotła powinna być potwierdzona certyfikatami wydanymi przez akredytowane jednostki”.*

Na ofertę, zgodnie z pkt. 15.1. SIWZ miał się składać wypełniony formularz oferty wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

Odwołujący złożył formularz oferty wg opracowanego przez zamawiającego wzoru, w którym zaoferował (część II) w zakresie 5 szt. kotłowni typu 16 kW 5 oraz 20 sztuk kotłowni typu 24 kW za łączną cenę brutto 394 898,50 zł.

W *Informacji z otwarcia* z otwarcia ofert zamawiający podał także, że w części II złożono 4 oferty.

Pismem z dnia 9 czerwca 2017 r. odwołujący został wezwany, z powołaniem się przez zamawiającego na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający powielił postanowienie SIWZ, tj. *„wymagane parametry powinny być potwierdzone w kartach katalogowych wydanych przez producentów urządzeń. Sprawność kotła powinna być potwierdzona certyfikatami wydanymi przez akredytowane jednostki”.*

Odpowiadając na ww. wezwanie, odwołujący, przy piśmie z dnia 20 czerwca 2017 r., złożył kartę katalogową dla urządzenia EG-PELLET MINI dotyczącą modeli o mocy 16, 24, 35 i 45 kW oraz świadectwo badania nr O-39-00323-17 Instytutu Badań Inżynierskich z Brna (Republika Czeska).

Na stronie drugiej karty katalogowej, w tabeli, podano parametry urządzeń, tj. m.in. dla urządzenia EGPM16 moc wynoszącą 16 kW, a dla urządzenia EGPM24 moc wynoszącą 24 kW. Dodatkowo podano sprawność urządzeń w % wynoszącą dla obu >90.

Na stronie drugiej karty katalogowej podano wyposażenie opcjonalne w tym automatyczny układ czyszczenia wymiennika.

Na stronie pierwszej świadectwa badania nr O-39-00323-17 podano dla wskazanych urządzeń, w tym dla kotłów grzewczych EG PELLET MINI 16 – REVO oraz EG PELLET MINI 24 – REVO sprawność w % wynoszącą dla pierwszego z kotłów 90,1 %, a dla drugiego 91,6 (przy nominalnej mocy cieplnej).

Dla kotłów grzewczych EG PELLET MINI 16 – REVO oraz EG PELLET MINI 24 – REVO podano także moc cieplną wynoszącą odpowiednio (przy nominalnej mocy cieplnej) 15,9 kW oraz 23,1 kW.

Pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadniając, że *„według świadectwa badania przedstawionego przez Wykonawcę oferowany kocioł ma moc 23,1 kW, a przedłożona karta katalogowa automatyczny system czyszczenia określa jedynie jako opcjonalny”.*

Odrębnym pismem, także z dnia 30 czerwca 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnienia postępowania w części II zamówienia z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (*„nie jest możliwe zwiększenie pierwotnie przeznaczonej na realizację przedmiotowego zamówienia do ceny oferty z najniższą ceną”*, tj. ceny ofertowej wykonawcy, którego oferta – po odrzuceniu oferty odwołującego – została uznana za najkorzystniejszą).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby zauważyła w pierwszej kolejności, że z zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego nie wynika, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ dotyczy obu rodzajów zaoferowanych kotłów (w ilościach 5 i 20 sztuk), ponieważ swoje zastrzeżenia co do systemu czyszczenia wymiennika zamawiający podał w zdaniu kwestionującym moc 23,1 kW, co wskazuje na to, że niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, której dopatrył się zamawiający dotyczy li tylko kotłów o mocy 24 kW (moc drugiego rodzaju wymaganych kotłów to przecież „jedynie” 16 kW).

Abstrahując od powyższego, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający niezasadnie uznał istnienie podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

W SIWZ zamawiający nie tylko wyspecyfikował wymagania co do parametrów kotłów (pkt 4.3.3. SIWZ Tabela – Minimalne parametry kotła decydujące o równoważności), ale także

- co nie mniej istotne – podał sposób, w jaki będzie oceniać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań (pkt 8.3. lit. B).

Podnieść należy, że zarówno w przypadku parametru „moc kotła”, jak i parametru (wymogu) automatycznego systemu czyszczenia wymiennika zamawiający zażądał – w celu potwierdzenie ich spełniania przez oferowane przez wykonawcę kotły, co wynika z pkt. 8.3. lit. B SIWZ – karty katalogowej.

Jedynie w przypadku parametru „sprawność kotła” zamawiający oczekiwał certyfikatu jednostki akredytowanej.

Przypomnienia wymaga, że gwarancją prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawowo wyrażoną zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) jest niezmienność, po .... terminie ..... składania ..... ofert, ..... warunków ..... i .. wymagań ..... opisanych w postanowieniach SIWZ.

Oznacza to, że w przedmiotowej sprawie dokumentem potwierdzający parametr „moc cieplna” była wyłącznie karta katalogowa, a zamawiającemu nie wolno było zmienić podstaw oceny w toku badania i oceny oferty odwołującego, poprzez odwołanie się do certyfikatu, którego złożenie miało znaczenie wyłącznie dla oceny sprawności kotła.

Odwołujący złożył kartę katalogową, w której wskazano moc (dla urządzenia EGPM24) wynoszącą 24 kW, co odpowiada parametrowi żadanemu w SIWZ (24 kW), a co przesądza o braku podstaw do zarzucenia odwołującemu niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ w zakresie tego parametru.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że zamawiający nie odniósł się do stanowiska i argumentacji odwołującego (str. 5 i 6 odwołania), iż „(...) *widniejąca na badaniu wielkość 23,1 kW wynika z metodyki przeprowadzania badań. Podczas badania kotłów w akredytowanym laboratorium producent określa moc nominalną urządzenia. W tym przypadku moc nominalna została określona na 24 KW. Tolerancja badania wynosi +/- 8% co po prostu oznacza, że podczas badania urządzenia jego moc nie może być wyższa niż 25,92 KW. Podczas badania przedmiotowego kotła moc ustawiona była na 23,1 KW, co oznacza, że kocioł został przebadany w dopuszczalnych tolerancjach +/-8%, co określa polska norma 303-5:2012 (czeska CSN EN 303-5:2013).*”

Co więcej, odwołujący w toku rozprawy złożył świadectwo badania nr O-39-00715-17, w którym wskazano moc cieplną 24 kW. Potwierdza to, iż przy żądaniu SIWZ potwierdzenia tego parametru dodatkowo świadectwem (a nie tylko kartą katalogową) odwołujący miałby możliwość sprostować także takiemu postanowieniu SIWZ.

W odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności w zakresie automatycznego systemu czyszczenia wymiennika ponieść należy, że karta katalogowa nie stanowi treści oferty odwołującego (nie jest zobowiązaniem się odwołującego do dostawy kotłów). Jest dokumentem producenta kotłów.

Jednoznacznie określoną postanowieniem SIWZ rolę karty katalogowej było potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego.

To zatem nie z karty katalogowej, ale z formularza oferty odwołującego zamawiający winien, aby odrzucić ofertę odwołującego, „wyczytać”, że odwołujący oferuje standardowe kotły o mocy 24 kW, tj. bez opcji automatycznego układu czyszczenia wymiennika.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że formularz ofertowy został opracowany przez samego zamawiającego jako jeden z załączników do SIWZ i zamawiający nie oczekiwał tam wskazania konkretnego modelu oferowanych kotłów.

Z treści formularza ofertowego odwołującego wynika, że zaoferował on 20 sztuk kotłów o mocy 24 kW „zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ i dokumentami załączonymi do SIWZ”. Co najistotniejsze kotły takie są produkowane z automatycznym układem czyszczenia wymiennika, co potwierdza złożona przez odwołującego karta katalogowa.

Bez znaczenia pozostaje, w świetle ww. oświadczenia odwołującego, brak żądania zamawiającego co do podania oferowanego modelu kotła, jak i celu złożenia karty katalogowej, że dla urządzeń o mocy 24 kW automatyczny układ czyszczenia wymiennika nie jest standardem (nie jest jak określił to odwołujący na rozprawie rozwiązanie „seryjne”).

Stwierdzić zatem należy, że odwołujący zaoferował kotły o mocy 24 kW z opcjonalnym oczyszczaniem wymiennika, co potwierdził w toku rozprawy (str. 3 protokołu „zaoferowane przez niego kotły i cena wskazana w formularzu obejmuje kotły z opcją co do systemu oczyszczania wymiennika”).

Uwzględniając powyższe, brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z zastosowaniem przepisu

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odrzucenie oferty odwołującego stanowi naruszenie przez zamawiającego wskazanego przepisu.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. poprzez niezgodne z ustawą dokonanie czynności odrzucenia oferty i zaniechanie dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w sytuacji, gdy złożone przez odwołującego dokumenty budziły wątpliwości zamawiającego, w okolicznościach, które nie uzasadniały odrzucenia oferty odwołującego albo unieważnienia postępowania potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Aktualne pozostają ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu pierwszego.

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu pierwszego skład orzekający Izby uznał, że także ten zarzut się potwierdził.

Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienia postępowania.

Dokonanej czynności odrzucenia oferty wykonawcy nie poprzedził skorzystaniem z przysługującego mu prawa (żądanie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), ani – wbrew normie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – nie wypełnił obowiązków z niej wynikających.

Ponieważ potwierdziły się zarzuty odwołania skład orzekający Izby orzekł, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....