

WYROK

z dnia 6 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lutego 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Biłgoraj z siedzibą w Biłgoraju**

przy udziale wykonawcy **Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia odwołania

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu w zakresie części 1 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty wykonawcy Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie części 1.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. 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

Gmina Miasto Biłgoraj, dalej: „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykorzystanie energii przyjaznej środowisku poprzez montaż instalacji solarnych i kotłów na biomasę w Biłgoraju*. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części i obejmuje m.in. *Część 1 zamówienia - Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych płaskich służących do wspomagania podgrzewania wody użytkowej dla potrzeb mieszkańców w budynkach mieszkalnych*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2017 r. pod numerem 2017/S 199-409119.

W dniu 22 stycznia 2018 r. wykonawca Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie, w zakresie części 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Antinus Sp. z o.o., jako niezgodnej z pkt 4.3 Załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której podgrzewacz (zasobnik) ciepłej wody użytkowej oferowany przez Antinus Sp. z o.o. nie posiada klasy energetycznej A.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i w jej wyniku odrzucenie oferty Antinus Sp. z o.o.,
4. orzeczenie na rzecz Odwołującego, uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, w kwocie 3.600 zł,
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane,
6. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na *Wykorzystanie energii przyjaznej środowisku poprzez montaż instalacji solarnych i kotłów na biomasę w Biłgoraju*.

Odwołujący wskazywał, że oferta spółki Antinus Sp. z o.o. jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ” i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zaoferowany zasobnik (podgrzewacz) ciepłej wody użytkowej nie spełnia jednego z parametrów określonych w pkt 4.3 Załącznika nr 7 do SIWZ (nie jest urządzeniem klasy energetycznej A).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach, dalej również: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w dniu 31 stycznia 2018 r. złożył pismo procesowe, wskazując że wymóg na który powołuje się Odwołujący nie był warunkiem bezwzględny, istniała bowiem możliwość (pod pewnymi warunkami) zaoferowania podgrzewacza nieposiadającego klasy energetycznej A. Przystępujący podnosił także, że Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił na czym miałyby polegać istotna niezgodność treści oferty z SIWZ.

Pismem z dnia 31 stycznia 2018 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, który wniósł o jego uwzględnienie w całości.

W odpowiedzi na uwzględnienie odwołania Przystępujący na posiedzeniu w dniu 2 lutego 2018 r. złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone pismem z dnia 21 listopada 2017 r., oferty złożonej przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego, dowodzie nr 1 Przystępującego (uzupełniająca argumentacja), a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 lutego 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z uwagi na poniższe. Dowód nr 1 (oświadczenie Odwołującego z dnia 29 stycznia 2017 r.) stanowi oświadczenie własne osoby bezpośrednio zainteresowanej wynikiem sporu,

abstrahując już od daty wystawienia dokumentu (w ciągu roku na rynku lub w ofercie konkretnego wykonawcy mogą pojawić się nowe produkty). Dowód nr 3 i 4 - opinie wydane przez podmioty prywatne, z ich treści nie wynika, aby autorzy mieli wgląd do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pytań do tej specyfikacji udzielanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, iż opinie zostały sporządzone w oderwaniu od istotnych kwestii tego konkretnego postępowania przetargowego. Okoliczności te powodują, iż wartość dowodowa opinii w przedmiotowej sprawie jest znikoma i nie może mieć wpływu na stanowisko Izby. W zakresie dowodów nr 5, 6, 7, 8 Izba uznała, że są one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego (Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutu zaniechania odtajnienia informacji przedłożonych przez Przystępującego). Ponadto, złożone przez Odwołującego dowody nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem (za wyjątkiem dowodu nr 1). Przedłożone niepoświadczony kserokopie nie są dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem. Zatem, jeżeli pismo nie może być uznane za dokument, nie może być ono podstawą do prowadzenia dowodu.

Izba nie dopuściła również i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Przystępującego dowodów, ponieważ dowód nr 2 Przystępującego (oświadczenia wykonawcy Solartime Sp. z o.o.) stanowi oświadczenie własne podmiotu zainteresowanego wynikiem sporu (wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu), nadto zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji spółki (nie przedłożono Izbie żadnego pełnomocnictwa w tym zakresie). Izba uznała także, że przeprowadzenie dowodu nr 3 Przystępującego (zestawienia trzech innych postępowań na dostawę kolektorów słonecznych) spowodowałoby wyłącznie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Ponadto, sam fakt iż inne podmioty w sposób odmienny formułowały opis przedmiotu zamówienia pozostaje bez znaczenia dla niniejszego stanu faktycznego.

Dodatkowo Izba uznała za głosłowne oświadczenie Przystępującego wyrażone w przedłożonym przez niego dowodzie nr 1, stwierdzające że według jego wiedzy na rynku nie istnieje zbiornik spełniający wszelkie czytane kryteria łącznie, tj. posiadający klasę energetyczną A, o maksymalnych wymiarach co do wysokości i szerokości zbiornika dla podanych pojemności, o podanych współczynnikach przenikania ciepła, spełniający wskazaną normę. To uczestnicy postępowania odwoławczego, a nie Izba, winni poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem podmiotu, na którym spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie rozstrzygnięcia sporu.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt 4.3 Załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, Zamawiający wymagał:

4.3. Podgrzewacz (zasobnik) ciepłej wody użytkowej

Projektuje się podgrzewacz (zasobnik) ciepłej wody użytkowej o pojemności minimum 200 l spełniający następujące parametry oraz funkcje:

- ✓ *klasa energetyczna A,*
- ✓ *płatcz zewnętrzny z izolacją wykonaną z pianki poliuretanowej twardej o współczynniku przenikania ciepła:
 - *maksymalnie 0,0205 W/mK przy $\Delta T = 10\text{ }^{\circ}\text{C}$,*
 - *maksymalnie 0,0228 W/mK przy $\Delta T = 30\text{ }^{\circ}\text{C}$*wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, wydane przez akredytowane laboratorium,*
- ✓ *komora podgrzewacza oraz węzownice emaliowane,*
- ✓ *wbudowana anoda tytanowa,*
- ✓ *podgrzewacz musi być wyposażony w stopy poziomujące, termometr bimetaliczny tarczowy oraz króciec cyrkulacji ciepłej wody, kołnierz rewizyjny oraz króciec do montażu grzałki elektrycznej.*
- ✓ *ciśnienie robocze: po stronie wody grzewczej i użytkowej oraz po stronie solarnej 10 bar,*
- ✓ *dopuszczalne temperatury
 - *po stronie solarnej: minimum = 150o C*
 - *po stronie grzewczej: minimum = 110o C*
 - *po stronie wody użytkowej: minimum = 95o C**
- ✓ *dopuszczalne nadciśnienie robocze
 - *w obiegu solarnym: minimum = 10 bar*
 - *po stronie wody grzewczej: minimum = 10 bar*
 - *w obiegu c.w.u: minimum = 10 bar**

Pismem z dnia 21 listopada 2017 r. Zamawiający na pytanie nr 18:

Prosimy o doprecyzowanie, że Zamawiający w dokumentacji projektowej wymaga aby podgrzewacz solarny posiadał klasę energetyczną A jak lub posiadał płatcz zewnętrzny z izolacją wykonaną z pianki poliuretanowej twardej o współczynniku przenikania ciepła: maksymalnie 0,0205 W/mK przy AT 10 ° c, oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy AT 30 ° c wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, wydane przez akredytowane laboratorium.

udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający dopuszcza zbiornik posiadający klasę energetyczną A pod warunkiem spełnienia poniższych kryteriów:

- a) maksymalna wysokość zbiornika: 200 litrów—1450mm; 300 litrów—1450mm; 400 litrów-1600 mm,
- b) maksymalna szerokość zasobnika: 200 litrów—700mm; 300 litrów—700mm; 400 litrów-850mm. lub dopuści zbiornik posiadający płaszcz zewnętrzny z izolacją wykonaną z pianki poliuretanowej twardej o współczynniku przenikania ciepła: maksymalnie 0,0205 W/mK przy AT — 10 ° c, oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy AT 30 ° c wg normy EN 12664:2001 lub równoważnej, wydane przez akredytowane laboratorium.

W wyznaczonym terminie złożono w zakresie części 1 trzy oferty:

- wykonawcy Flexipower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej na kwotę 4.057.256,52 zł,
- wykonawcy Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na kwotę 3.915.171,72 zł,
- wykonawcy Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach na kwotę 3.898.722,24 zł.

Pismem z dnia 2 stycznia 2018 r. Przystępujący, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył dokumenty, w tym min. kartę katalogową dla podgrzewacza.

W dniu 11 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Antinus Sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, Odwołujący skonkretyzował zarzut w odwołaniu oraz uprawdopodobnił niezgodność treści oferty wykonawcy Antinus Sp. z o.o. z treścią SIWZ. Zgodnie z art. 180 ust.

3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzut to opis stanu faktycznego i jego subsumpcja pod określoną normę prawną. Musi być skonkretyzowany, ale nie ma znaczenia, gdzie odwołujący go zamieści, może on także wynikać wprost z uzasadnienia odwołania. W przedmiotowej sprawie Odwołujący, zarówno w petitum, jak i w uzasadnieniu odwołania, wskazał że oferta Przystępującego jest niezgodna z pkt 4.3 Załącznika nr 7 do SIWZ (który nawet po udzielonej odpowiedzi na pytanie przez Zamawiającego wciąż wymagał zaoferowania podgrzewacza posiadającego klasę energetyczną A). Tym samym takie postawienie zarzutu było jasne, konkretne i przywoływało tak stan faktyczny jak i prawny, czym czyniło zadość art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, dając Izbie tak granice rozstrzygnięcia jak i kompetencję do rozstrzygnięcia.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron i Przystępującego oraz analizie przywołanych przez nich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także odpowiedzi na pytanie nr 18, Izba uznała, że za prawidłowe należy uznać stanowisko Odwołującego. Natomiast nie znalazła żadnych podstaw do przyjęcia interpretacji, którą przedstawił Przystępujący. Izba nie odstępuje od obowiązującej zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wpiern odnieść się do całokształtu postanowień i uznać, że obiektywnie wątpliwości można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. Tutaj taka sytuacja nie zaistniała. Zamawiający zarówno w pierwotnej SIWZ, jak i po udzielonej odpowiedzi, wymagał aby zbiornik posiadał klasę energetyczną A zawsze, abstrahując nawet od pytania wykonawcy, które należy uznać za nieprecyzyjne. Niezrozumiała jest także argumentacja w zakresie wykładni celowościowej prezentowanej przez Przystępującego, bowiem z zadanego pytania nie sposób wywieść, że intencją wykonawcy było złagodzenie pierwotnie ustalonych wymagań.

Odnosnie zaś samej odpowiedzi na pytanie nr 18 - tu rzeczywiście można przyznać, że wizualnie mogła zostać sporządzona lepiej. Nie zmienia to jednak faktu, że należy ją czytać logicznie oraz przy uwzględnieniu także zasad gramatycznych języka polskiego, w tym roli zdania nadrzędnego. Zamawiający wymagał zbiornika posiadającego klasę energetyczną A pod warunkiem spełnienia łącznie dwóch kryteriów, opisanych w literze a) oraz b). W przypadku wymogu określonego w literze b) Zamawiający posłużył się spójnikiem „lub”, co wskazuje na zastosowanie alternatywy łącznej (nierozłącznej). Spójnik „lub” w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 18 pojawił się w drugim wierszu litery b). Sposób interpretacji użytego spójnika oddzielającego poszczególne zakresy wymagań, potwierdzony został w licznych

orzecznictwie (przykładowo w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2008 roku, sygn. akt., III CZP 31/08 czy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2006 r., sygn. akt II UZP 10/06, który podkreślił, iż spójnik „lub” wyraża alternatywę łączną, czyli dopuszcza możliwość współwystępowania sytuacji komunikowanych przez zdanie łączone tym spójnikiem, a zatem możliwe jest spełnienie warunków wynikających z jednego lub kilku a także z wszystkich zdań oddzielonych spójnikiem „lub”).

Uwzględniając powyższe oraz reguły logiki, takie uregulowanie oznaczało, iż Zamawiający dopuścił zbiornik z klasą energetyczną A w przypadku posiadania określonej szerokości lub płaszcz zewnętrznego z izolacją wykonaną z pianki poliuretanowej twardej, przy czym niewykluczone było spełnienie obu wymagań, wskazanych w literze b). Zastosowanie takiej konstrukcji oznacza, iż wykonawca, chcąc spełnić postawiony warunek, winien był zaoferować zbiornik posiadający klasę energetyczną A o maksymalnej szerokości zasobnika określonej w literze b) bądź zbiornik posiadający klasę energetyczną A posiadający płaszcz zewnętrzny z izolacją wykonaną z pianki poliuretanowej twardej o parametrach wskazanych w literze b). Warunek byłby spełniony również w sytuacji, gdyby wykonawca zaoferował zbiornik posiadający klasę energetyczną A o maksymalnej szerokości zasobnika określonej w literze b) oraz posiadający płaszcz zewnętrzny z izolacją wykonaną z pianki poliuretanowej twardej o parametrach wskazanych w literze b).

Interpretacja przedstawiona przez Przystępującego wynika z próby zmiany układu graficznego udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi. Przedstawiona na rozprawie argumentacja jest *de facto* przygotowana na poparcie swojego stanowiska i jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego, a nie ma oparcia w literalnym brzmieniu spornego postanowienia. Nawet rozważania dotyczące znaku interpunkcyjnego, jakim jest kropka, są nieprzekonujące, bowiem zgodnie z zasadami interpunkcji obowiązującymi w języku polskim, na początku każdego wypowiedzenia następującego po kropce zawsze stosuje się wielką literę. W niniejszym stanie faktycznym spójnik „lub” nie rozpoczyna się wielką literą. Argumentacja Przystępującego mogłaby zostać uznana za zasadną w sytuacji, gdyby Zamawiający inaczej graficznie oraz gramatycznie sformułował sporną odpowiedź na pytanie. Skoro zaś Zamawiający tego nie uczynił niedopuszczalne jest twierdzenie jakoby klasa energetyczna A nie zawsze była wymagana.

Tym samym Izba uznała, że zaoferowany przez Przystępującego podgrzewacz nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem oferta jest w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niezgodna.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz kwotę 3.600 zł, stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: