

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a
02 - 676 Warszawa

Wykonawca składający odwołanie:

Ergo Ekologia sp. z o.o.
Ul. Gierdziejewskiego 7 lok. 17
02 – 495 Warszawa
KRS: 0000332535
REGON: 100689671
NIP: 7252002858

Adres poczty elektronicznej: biuro@ecoex.com.pl

Zamawiający:

Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego
35-064 Rzeszów
Rynek 5
KRS: 0000563643, NIP 8133705376
tel. 17 858 14 90

adres poczty elektronicznej: biuro@rof.org.pl

Dotyczy: Dostawa i montaż urządzeń grzewczych w ramach projektu „Wymiana źródeł ciepła na terenie ROF” – kotły gazowe kondensacyjne cz.1

Nr postępowania : ZP.ROF.1.2021

Nr ogłoszenia w Dz. U. UE: Dz.U./S S65 02/04/2021 163168-2021-PL

Wpis: 15.000 (piętnaście tysięcy) złotych

Odwołanie

wobec treści wyjaśnień do Specyfikacji Warunków Zamówienia

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zwanej dalej p.z.p. **wnoszę odwołanie wobec czynności zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez złożenie wyjaśnień w dniu 9 czerwca 2021 r.** w postępowaniu Dostawa i montaż urządzeń grzewczych w ramach projektu „Wymiana źródeł ciepła na terenie ROF” – kotły gazowe kondensacyjne cz.1

Zamawiającemu **zarzucam**:

- I.** naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 135 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 137 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, co może mieć wpływ na kształt sporządzonych przez Wykonawców ofert
- II.** naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 135 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 137 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o**:

- I.** uwzględnienie odwołania,
- II.** nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- III.** nakazanie Zamawiającemu przekazania niezwłocznie wszystkim wykonawcom zmiany SWZ na stronie internetowej, na której SWZ jest udostępniana,
- IV.** nakazanie Zamawiającemu przesunięcia terminu stosownie do treści art. 137 ust. 6 o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty

nadto, **wnoszę o**:

- V.** orzeczenie na rzecz odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
- VI.** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- VII.** zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na *Dostawę i montaż urządzeń grzewczych w ramach projektu „Wymiana źródeł ciepła na terenie ROF” – kotły gazowe kondensacyjne cz.1*

Zawiadomienie o zmianie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostało opublikowane przez Zamawiającego w dniu 9 czerwca 2020 roku. W związku z powyższym dziesięciodniowy termin - z uwzględnieniem faktu, że ostatni dzień upływu terminu wypada w niedzielę - na wniesienie niniejszego odwołania związku z powyższym dziesięciodniowy termin o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 19 czerwca 2021 r.

Uzasadnienie

I. Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Odwołująca się prowadzi działalność gospodarczą sklasyfikowaną w Polskiej Klasyfikacji Działalności jako (43.22.Z) – wykonywanie instalacji wodno – kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatyzacyjnych.. Odwołująca się specjalizuje się w montażu instalacji solarnych, fotowoltaicznych, pomp ciepła, które są przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, na terenie całej Polski. Ponadto Odwołująca się planuje wziąć udział w składaniu ofert w postępowaniu, w przedmiocie którego składa odwołanie. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO biorąc pod uwagę brzmienie art. 505 ust. 1 p.z.p., należy zauważyć, że chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., KIO 93/11, www.uzp.gov.pl) (A. Bazan, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. II, Komentarze LEX 2015). Przesłanką legitymacji do wniesienia odwołania jest także możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Istotnym jest, że Odwołująca się, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu musiałaby ponieść określony wysiłek, angażując przy tym czas pracy i umiejętności swoich pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie jej w sposób umożliwiający uznanie jej przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, narażając się przy tym na możliwość poniesienia szkody wynikającej z niemożności składania

ofert w innych postępowaniach tudzież podejmowania zleceń od podmiotów prywatnych.

Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy szkoda po stronie Odwołującego może polegać na uniemożliwieniu Odwołującej oferty zgodnej ze wszystkimi postanowieniami SWZ. W rezultacie Odwołująca się nie będzie mogła uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku.

W związku z powyższym uznać należy, że Odwołującej się przysługuje interes do wniesienia odwołania.

II. Stan faktyczny

W dniu 21 maja 2021 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na Dostawę i montaż urządzeń grzewczych w ramach projektu „Wymiana źródeł ciepła na terenie ROF” – kotły gazowe kondensacyjne cz.1

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu (w aktach postępowania).

W przedmiotowym postępowaniu ofertę zamierza złożyć m.in. Odwołująca się.

W toku postępowania, w dniu 8 czerwca 2021 r. na wniosek jednego z Wykonawców Zamawiający dokonał wyjaśnienia treści SWZ.

Dowód:

- wyjaśnienia treści SWZ z dnia 9 czerwca 2021 r.

Pytanie 161

W odpowiedzi na pytanie 160 Zamawiający wymaga aby sterownik STP-P zasilany był ze sterownika kotła i posiadał sygnał napięciowy. Po analizie zapisów SWZ wraz z załącznikami oraz pytań i odpowiedzi, w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 69, wynika iż Zamawiający wymaga aby urządzenia miały możliwość rozszerzenia o obsługę dodatkowych obiegów z mieszaczem jednocześnie współpracując ze sterownikami STP-P. Przy zastosowaniu osprzętu umożliwiającego obsługę dodatkowych obiegów grzewczych, sterowniki powszechnie stosowane są podłączane pod wspomniany oprzęt i sterownik STP-P nie będzie zasilany bezpośrednio ze sterownika kotła. W tym przypadku sterownik STP-P będzie zasilany z osprzętu odpowiadającego za obsługę obiegu mieszaczowego. Co za tym idzie, Zamawiający dopuszcza aby spełnienie warunku zasilania sterownika STP-P ze sterownika kotła było możliwe tylko i wyłącznie w przypadku instalacji bez zaworu mieszającego, co doprowadzi do sytuacji, że w przypadku pozostałych instalacji nie zostanie spełniony warunek, potwierdzony przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 69. Powyższy

wniosek dodatkowo należy poprzeć względami bezpieczeństwa. Powołując się na dobre praktyki i wieloletnie doświadczenie inżynierskie, bez określenia warunków technicznych sterownika dotyczących bezpieczeństwa - tj. np.: wartości napięcia, zabezpieczeń, oraz warunków eksploatacyjnych, sterownik zasilany napięciowo może być potencjalnie niebezpieczny dla Beneficjentów. Zasilanie bateryjne sterownika jest wolne od powyższych zagrożeń. Aby uniknąć sytuacji, iż niemożliwym będzie zrealizowanie dostawy urządzeń wraz z wymaganą automatyką i osprzętem, które spełniają wymagania Przetargu wnosimy, aby Zamawiający dopuścił zastosowanie sterowników STP-P zasilanych bateryjnie, z sygnałem wyjściowym beznapięciowym. Zaletą powyższego rozwiązania będzie również rozszerzenie ilości urządzeń spełniających wymagania, przy zachowaniu odpowiedniego standardu, co będzie zgodne z zasadą konkurencyjności.

Odpowiedź na pytanie 161:

Zamawiający dopuszcza sterowniki zasilane napięciowo, napięciem bezpiecznym wg Normy PN-IEC 60038:1999 oraz zasilane bateryjnie. W przypadku zasilania baterijnego dopuszcza sygnał wyjściowy beznapięciowy."

Zamawiający dopuścił sterowniki STP-P zasilane napięciowo (dotychczasowe rozwiązanie) oraz sterowniki zasilane bateryjnie. W przypadku zasilania baterijnego Zamawiający dopuścił sygnał wyjściowy beznapięciowy.

Powyższe rozwiązanie wprowadza wyraźną niejasność w zakresie tego, którego rodzaju sygnał napięciowy miał na myśli Zamawiający.

Dokonanie powyższej czynności w taki sposób, w jaki zrobił to Zamawiający w czynności z dnia 9 czerwca 2021 r. stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający Wykonawcom właściwy dobór urządzeń do oferty, narażający ich na możliwość odrzucenia ich oferty w zależności od tego w jaki sposób Zamawiający arbitralnie oceni zgodność ofert z SWZ.

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 29 maja 2021 r. Zamawiający doprecyzował zapisy znajdujące się w załączniku 1b) OPZ. Kotły Gazowe, wskazując, że „sterownik STP-P zasilany ze sterownika kotła, sygnał napięciowy”.

Odpowiedź ta wyjaśniła, że sterownik STP-P ma być zasilany ze sterownika kotła. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał jakiego rodzaju sygnał napięciowy ma na myśli – czy jest to sygnał sterujący, czy sygnał zasilania, czy sygnał dźwiękowy. Przywołana w stanie faktycznym odpowiedź na pytanie 161. wskazuje jedynie, że sterownik STP-P może być zasilany z baterii, nadal nie rozwiewając wątpliwości co do tego, który z sygnałów objęty jest ustaleniem Zamawiającego.

Powyższa okoliczność ma niezwykle ważne znaczenie dla badania i oceny ofert, do którego dojdzie w niniejszym postępowaniu. W przypadku, gdyby Zamawiający, bez wyjaśnienia powyższej okoliczności Wykonawcom interpretował powyższe jako sygnał sterujący dochodzić może do istotnych różnic w zakresie tego jakie oferty składać będą wykonawcy.

W przypadku zaoferowania kotła gazowego, który jest sterowany zewnątrz sygnałem sterującym beznapięciowym, to sterowanie opiera się na zasadzie działania termostatu – praca kotła ma charakter binarny – urządzenie jest włączone lub wyłączone. Sterownik tego typu jest sterownikiem stosunkowo tanim. Rozwiązaniem dopuszczonym przez Zamawiającego jest zastosowanie sterownika STP-P o charakterze napięciowym. Taki sterownik jest sterownikiem cyfrowym, który posiada funkcję modulacji mocy kotła. Sterownik cyfrowy napięciowy jest urządzeniem o wiele droższym od sterownika beznapięciowego. Dopuszczenie zapisu z odpowiedzi na pytanie 161. powoduje, że Wykonawcy, którzy zinterpretują wadliwy zapis SWZ w taki sposób, że dotyczyłby on sterownika sygnału sterującego, w celu obniżenia ceny mogą oferować urządzenia, które zawierają tańsze sterowniki beznapięciowe sterujące.

Zamawiający jednak w zależności od arbitralnej oceny dokonanej przez siebie w ramach badania oferty będzie mógł przy aktualnym brzmieniu SIWZ uznać, że „sygnał napięciowy lub beznapięciowy” nie jest sygnałem sterującym tylko innym rodzajem sygnału i podejmować decyzje o odrzuceniu ofert z uwagi na przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprzejrzysty, co w konsekwencji może wpłynąć na równe traktowanie Wykonawców.

Zachowanie, wynikających z treści odpowiedzi na pytanie 161. do SWZ, niejasnych i pozwalających na dowolną interpretację zapisów, w ocenie odwołującej powoduje sytuację, w której przeprowadzenie postępowania będzie pozwalało na elastyczne dostosowanie opisu przedmiotu zamówienia do złożonych ofert, co w konsekwencji może doprowadzić do odrzucenia ofert, które w prawidłowo przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia byłyby złożone w sposób poprawny.

III. Uzasadnienie prawne

Przejrzystość postępowania jest zasadą wspierającą wymóg równego traktowania wykonawców. Rolą Zamawiającego jest przedstawienie w sposób jasny kryteriów kwalifikacji jakie muszą zostać spełnione przez wykonawców oraz wszelkiego rodzaju wymogi o charakterze technicznym.

Powyższa reguła ma na celu umożliwienie wykonawcom dysponowania całością informacji, na podstawie których jest on w stanie przedstawić swoje oświadczenie woli w sposób dający się ocenić na podstawie przygotowanych uprzednio kryteriów oceny. Postępowanie powinno zostać przeprowadzone według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i być weryfikowalne, a decyzje Zamawiającego muszą dawać się przewidzieć. Zamawiający, przygotowując dokumenty zamówienia, zobowiązany jest do jednoznacznego i precyzyjnego określenia, jakie są jego oczekiwania wobec wykonawców.

W przypadku niniejszego postępowania, nieprzejrzystość zaskarżonych zapisów SWZ nie pozwala nawet na poddanie ich wyjaśnienia regule, zgodnie z którą wszelkie nieprecyzyjności rozstrzyga się na korzyść wykonawców. Zapisy bowiem nie wskazują, która interpretacja mogłaby zostać uznana za względniejszą w stosunku do poszczególnych ofert, gdyby wykonawcy zdecydowali się na różne interpretacje zaskarżonego zapisu.

Zamawiający nie powinien dopuszczać do sytuacji, w której doszłoby do przeniesienia ciężaru i skutków braku precyzji, na którykolwiek z podmiotów decydujący się złożyć w postępowaniu ofertę. Wykonawca nie może zostać postawiony w sytuacji, w której ze względu na to, że Zamawiający nie sprecyzował swojego wymogu, a Odwołujący powinien się domyśleć, na czym wymóg ten polegał. Niesprecyzowanie wymogu powoduje swoistą nierówność wykonawców w postępowaniu, wymaga od nich bowiem przewidywania decyzji Zamawiającego.

W świetle niniejszego postępowania brak sprecyzowania, co do którego sygnału Zamawiający przedstawił wymagania określone w odpowiedzi na pytanie 161. prowadzi w ocenie Wykonawcy do sytuacji, w której nie tylko Zamawiający przerzuca ciężar domysłu, co jest przedmiotem zamówienia wymaganym przez Zamawiającego, ale także w konsekwencji – między innymi na wskazany powyżej wpływ niedopatrzania Zamawiającego na różnorodność oceny w zakresie czynników, które mogą mieć charakter kosztotwórczy – na możliwość odmiennej i nieprzewidywalnej na etapie

przygotowania ofert oceny, która stanowi bezpośrednią podstawę do wyłonienia Wykonawcy, który wykona zamówienie.

Rolą Wykonawcy w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą jest uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co Odwołująca się w niniejszym odwołaniu czyni. Sama tylko możliwość, choćby poprzez nieumyślne działanie Zamawiającego, utrudnienia uczciwej konkurencji jest wystarczająca do uznania, że naruszono przepisy art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz w art. 16 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zostały naruszone (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 752/11).

V. Wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z art. 554 ust. 1 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pozostawanie w mocy zmiany SWZ, która w sposób oczywisty jest nieprzejrzysta i może na etapie badania i oceny ofert spowodować ograniczenie konkurencji miałyby taki wpływ na wynik, że ograniczyłyby to możliwość złożenia niepodlegających odrzuceniu ofert przez Wykonawców, których interpretacja SWZ byłaby odmienna od interpretacji dokonywanej przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie miałby rzeczywistej możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie najkorzystniejszej przy warunkowo wprowadzonej nieuczciwej konkurencji. Uwzględnienie odwołania uwolni postępowanie od powyższej wady i umożliwi realną konkurencję wykonawcom.

W związku z powyższym, wnoszę jak w *petitum* odwołania.

Robert Błaszczuk

Prezes Zarządu Ergo Ekologia sp. z o.o.

Wykaz załączników:

- dowód nadania odwołania dla Zamawiającego w formie elektronicznej,
- dowód wniesienia wpisu w wysokości 15. 000 (piętnastu tysięcy) złotych,
- wydruk z KRS.