

Sygn. akt: KIO 2359/22

Sygn. akt: KIO 2361/22

Wyrok
z dnia 26 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 20 września 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 września 2022 r. przez wykonawcę **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach p-ta Pabianice**

B. w dniu 9 września 2022 r. przez wykonawcę **Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Orły**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2359/22 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach p-ta Pabianice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2361/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża odwołujących **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach p-ta Pabianice** oraz **Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wskazanych odwołujących** tytułem wpisu od odwołania, po 15 000 zł każdy.
 - 2.1. zasądza od **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Kudrowicach p-ta Pabianice** na rzecz zamawiającego **Gmina Orły** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony;

2.1. zasądza od **Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz zamawiającego **Gmina Orły** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający działający wspólnie na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz w oparciu o umowę partnerską zawartą dnia 1 marca 2017 r., pomiędzy Gminą Orły, a gminami: Medyka i Krasiczyn w zakresie przygotowania i przeprowadzenia procedury przetargowej na dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz pomp ciepła na terenie gmin w ramach projektu „Zielona energia -projekt partnerski gminy Medyka, Orły i Krasiczyn”, Zamawiający: Gmina Orły, Gmina Medyka i Gmina Krasiczyn. Zamawiającym wyznaczonym do przeprowadzenia postępowania w imieniu i na rzecz wskazanych Zamawiających jest Gmina Orły.

Nr ogłoszenia w Dz. U. UE: Dz.U./S S113 14/06/2022 317759-2022-PL.

Odwołujący: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty przez niego złożonej.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

I. art. 255 pkt 2 pzp przez unieważnienie postępowania z tego powodu, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, podczas gdy odrzucenie oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. było czynnością niezgodną z ustawą,

II. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2c pzp przez odrzucenie jego oferty w części II zamówienia z tego powodu, że w ocenie Zamawiającego złożony na wezwanie przedmiotowy środek dowodowy w postaci karty katalogowej oferowanej rozdzielnej pompy ciepła nie potwierdzał wszystkich wymagań określonych w dokumentach zamówienia, podczas gdy w odpowiedzi na wezwanie z 8 sierpnia 2022 r. FlexiPower Group potwierdziła jako autoryzowany dystrybutor oferowanej pompy ciepła, że oferowana pompa posiada cechy wymagane przez opis przedmiotu zamówienia.

Wskazując na zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 30 sierpnia 2022 r.
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

8 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał FlexiPower Group do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie obu części postępowania.

Zamawiający zażądał uzupełnienia karty katalogowej o informacje o posiadaniu przez oferowaną rozdzielną pompę ciepła panelu sterującego z funkcją zliczania ilości wyprodukowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dziennie, miesięczne, roczne i całkowite). Uzupełniona karta katalogowa powinna była zostać

podpisana przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora.

W odpowiedzi FlexiPower Group. złożyła wyjaśnienia 17 sierpnia 2022 r. załączając kartę katalogową zawierającą informację o „Sterowaniu z funkcją zliczania wyprodukowanej energii cieplnej”, jednocześnie stwierdzając w treści wyjaśnień jako autoryzowany dystrybutor pompy ciepła producenta GZ Theodoor Tech co. Ltd z siedzibą w Guagzhou, że panel sterujący wyposażony jest w funkcję zliczania ilości wyprodukowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej codzienne, miesięczne, roczne i całkowite). Informacja ta nie mogła znaleźć się bezpośrednio w karcie w języku polskim, z przyczyn technicznych, wobec czego FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z OPZ złożyła oświadczenie samodzielnie.

Dowód: - wyjaśnienia z dnia 17 sierpnia 2022 r., - pełnomocnictwo GZ Theodoor TECH Co. LTD udzielone FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. oraz M. P. z ustanowieniem do bycia upoważnionym przedstawicielem (wersja angielska i polska).

Pomimo wyjaśnień Zamawiający wskazał, że treść karty nie może zostać rozszerzona oświadczeniem własnym Wykonawcy i stwierdził, że nie został złożony właściwy środek dowodowy, w wyniku czego 30 sierpnia 2022 r. odrzucił ofertę, a wraz z odrzuceniem pozostałych wykonawców unieważnił postępowanie.

Czynności Zamawiającego są niezgodne z ustawą - oferowana pompa ciepła jest zgodna z warunkami zamówienia, zaś oświadczenie wykonawcy będącego jednocześnie upoważnionym przedstawicielem producenta winno zostać zaakceptowane na podstawie art. 106 ust. 3 pzp, zgodnie z którym Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Niezależnie od powyższego, w celu potwierdzenia, że powyższe oświadczenie złożone przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. było zgodne z prawdą, w celu wykazania powyższego w postępowaniu odwoławczym Wykonawca załączył kartę katalogową uzupełnioną o powyższe informacje przez dystrybutora Heating Polska S.C., zawierającą wprost oświadczenie zgodne z treścią wyjaśnień „Pompa ciepła z funkcją zliczania ilości wyprodukowanej energii cieplnej, statystyki: codzienne, miesięczne, roczne i całkowite.”
Dowód: - karta katalogowa Krommler 3.6.

Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, przedmiotem żądania było potwierdzenie informacji o posiadaniu przez oferowaną rozdzielną pompę ciepła Krommler 3.6 panelu sterującego z funkcją zliczania energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (codzienne, miesięczne, roczne i całkowite)). Karta powinna być podpisana przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta/dystrybutora urządzeń na rynku polskim.

Karta katalogowa załączona na wezwanie Zamawiającego została podpisana przez Heating Polska S.C. – autoryzowanego dystrybutora pompy Krommler 3.6. na rynku polskim. Jednocześnie oświadczenie, które z przyczyn technicznych (konieczność przygotowania nowej karty katalogowej) nie było możliwe w terminie wykonania wezwania, zostało potwierdzone bezpośrednio przez Wykonawcę FlexiPower Group, który to wykonawca od 10 maja 2022 r. jest upoważnionym przedstawicielem producenta urządzenia, także w zakresie udzielania informacji dotyczących zgodności urządzenia lub osprzętu w sytuacji, gdy istnieje prawny obowiązek lub uprawnienie do udzielenia takich informacji.

Upoważniony przedstawiciel – to zgodnie z decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylająca decyzję Rady 93/465/EWG osoba fizyczna lub prawna, mająca siedzibę we Wspólnocie, posiadająca pisemne pełnomocnictwo od producenta do działania w jego imieniu w odniesieniu do określonych zadań. FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. była zatem w chwili składania przedmiotowego oświadczenia upoważniona do udzielenia wiążącej informacji o zgodności oferowanej pompy z opisem warunków zamówienia.

Zamawiający na podstawie art. 106 ust. 3 pzp zobligowany jest akceptować równoważne przedmiotowe środki dowodowe. Za środek równoważny w stosunku do karty katalogowej należy uznać oświadczenie złożone przez właściwie umocowanego upoważnionego przedstawiciela producenta, a co za tym idzie Wykonawca w wyjaśnieniach z 17 sierpnia 2022 r. nie tylko złożył przedmiotowy środek dowodowy w terminie, ale także udowodnił, że oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, co czyni czynność odrzucenia jego oferty wadliwą.

Konsekwencją jest fakt, że nie wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, co czyni niezgodną z ustawą czynność unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 255 pkt 2 p.z.p.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Utrzymanie w mocy czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. miałyby taki wpływ na wynik postępowania, że oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W związku z powyższym, wnosi jak w petitum odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. w Kudrowicach zamawiający – Gmina Orły - wniósł o oddalenie odwołania w całości,

Zgodnie z pkt. 4.8 lit. b) Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), Wykonawca na część 2 zobowiązany był złożyć określone tam przedmiotowe środki dowodowe wymienione w celu potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie wskazanym w zestawieniu poniżej oraz potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z kryteriami ocen ofert w zakresie podanym w rozdziale 17 SWZ:

1. kartę katalogową (opis techniczny) oferowanych pomp ciepła podpisaną przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmującą informacje potwierdzające spełnienie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 10 do SWZ — „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt. 3, (pompy ciepła do CWU kompaktowe) i pkt. 4 (pompy ciepła do CWU rozdzielne) oraz potwierdzające, wartości przyjęte w kryteriach oceny ofert w pkt 17.8-17.11 SWZ;

2. kartę katalogową (opis techniczny) oferowanych zasobników c.w.u. dla pomp rozdzielnych podpisaną przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmującą informacje potwierdzające spełnienie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 10 do SWZ — „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt. 5, (zasobnik c.w.u. dla pomp rozdzielnych);

3. szczegółowe sprawozdanie z badań wykonane zgodnie z normą IEC 16147:2017 lub równoważną zawierające co najmniej informacje zgodnie z pkt 9.2 ppkt. 9.2.1 lit. a) do p) oraz pkt 9.2.2 Tabela 12 normy IEC 16147:2017 lub równoważnej, dla oferowanych pomp ciepła, "dane przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 ustawy PZP lub niezależną od wykonawcy jednostkę badawczą posiadającą akredytację ISO 17025 lub równoważną (fakt posiadania przez jednostkę badawczą akredytacji ISO 17025 lub równoważnej może wynikać z treści wystawionego dokumentu lub zobowiązany jest to udokumentować odrębnym dokumentem).

4. etykietę efektywności energetycznej wydaną przez producenta, zgodnie z Rozporządzeniem Komisji UE 812/2013.

Wykonawca wraz z ofertą złożył przedmiotowe środki dowodowe, które w ocenie Zamawiającego nie potwierdzały wszystkich wymagań określonych w dokumentach zamówienia. Karta katalogowa oferowanej rozdzielnej pompy ciepła nie zawierała informacji czy pompa ta posiada „Panel sterujący z funkcją zliczania ilości "produkowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dzienne, miesięczne, roczne i całkowite)". Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia karty katalogowej o informacje o posiadaniu przez oferowaną rozdzielną pompę ciepła panelu sterującego z funkcją zliczania ilość wyprodukowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dzienne, miesięczne, roczne i całkowite). W odpowiedzi Wykonawca

złożył dokumenty, dołączając do nich pismo przewodnie, zgodnie z którym „ Wykonawca firma FlexiPower Group Sp. z o. o . S.K. przedkłada uzupełnioną kartę katalogową o informację, że pompa posiada „panel sterujący z funkcją zliczania ilości wyprodukowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dziennie, miesięczne, roczne i całkowite). ”

Wbrew jednak złożonemu oświadczeniu, karta katalogowa rozdzielnej pompy ciepła, podpisana przez producenta pompy i złożona w ramach procedury uzupełnień przedmiotowych środków dowodowych zawiera jedynie informacje, że pompa posiada „Sterowanie z funkcją zliczania wyprodukowanej energii cieplnej bez określenia czasookresów w jakich prowadzone są te statystyki.

Uznając, że złożona karta nie potwierdza spełnienia minimalnych parametrów określonych w SWZ, Zamawiający trafnie ocenił, że złożona przez Wykonawcę oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w opz. Ponadto nie można za skuteczne uznać rozszerzenie treści przedłożonej karty katalogowej w oparciu o oświadczenie własne Wykonawcy.

Wbrew twierdzeniom podniesionym w odwołaniu, w treści złożonych wyjaśnień nie padło sformułowanie wskazujące na pełnienie przez niego funkcji autoryzowanego dystrybutora pomp ciepła producenta GZ Theodoor Tech co. Ltd z siedziba w Guagzhou, na pełnienie roli, której wskazuje w treści odwołania fragment: „w odpowiedzi na powyższe wezwanie FlexiPower sp. z o.o. sp.k złożyła wyjaśnienia w dniu 17 sierpnia 2022 r. załączając kartę katalogową zawierającą informację o „Sterowaniu z funkcją zliczania wyprodukowanej energii cieplnej” jednocześnie stwierdzając w treści wyjaśnień jako autoryzowany dystrybutor pompy ciepła producenta GZ Theodoor Tech co. Ltd”. Odwołujący po raz pierwszy na tą okoliczność wskazuje w treści odwołania jednocześnie nie przedkładając na potwierdzenie tych stwierdzeń stosownego pełnomocnictwa pomimo wymienienia go jako dowód.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący zarówno na etapie składanych Wyjaśnień w toku postępowania przetargowego jaki i postępowania odwoławczego nie wykazał posiadania umocowania do udzielania informacji dotyczących zgodności urządzenia lub osprzętu w sytuacji, gdy istnieje prawny obowiązek lub uprawnienie do udzielenia takich informacji, a tym samym złożone przez niego oświadczenie na etapie wyjaśnienia/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie mogło zastąpić przedstawienia karty katalogowej potwierdzającej spełnienie wszystkich wymagań przewidzianych w dokumentacji przetargowej. W konsekwencji czego oferta Wykonawcy jako niespełniająca wymagań określonych w SWZ podlegała odrzuceniu.

Solartime S.A. z siedzibą w Rzeszowie wniósł odwołanie od czynności odrzucenia przez Zamawiającego w dniu 30.08.2022 r. oferty złożonej przez Odwołującego oraz unieważnienia postępowania.

1) Zamawiający bezskutecznie wezwał Odwołującego do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w dniu 09.08.2022 r. za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej Odwołującego w systemie ePUAP, uwzględniając, że wybraną formą komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest poczta elektroniczna, a wszelka korespondencja w sprawach dotyczących Zamówienia zgodnie z pkt 11.17b) SWZ oraz pkt. B.3a formularza ofertowego być kierowana przez Zamawiającego na adres email Odwołującego wskazany w pkt B. 3a) formularza, w tym wezwaniu z 9.08.2022 r. nie zostało Odwołującemu skutecznie złożone i doręczone oraz termin na przedłożenie i uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych określony w ww. wezwaniu nie rozpoczął biegu,

2) Zamawiający nie uwzględnił wniosku o przedłużenie terminu (względnie na wyznaczenie nowego terminu) na złożenie i uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych złożonego przez Odwołującego w piśmie z 19.08.2022 r. oraz nie uznał za skutecznie uzupełnione i przedłożone środki dowodowe, które Odwołujący skierował do Zamawiającego,

3) Zamawiający bezzasadnie uznał, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

2. Czynnościom Zamawiającego opisanym w pkt 1. powyżej zarzuca naruszenie:

1) art. 107 ust. 2 PZP w zw. z art. 67 PZP oraz pkt 11.17 SWZ, pkt B. 3 załącznika nr 3 do SWZ - przez brak skutecznego wezwania do złożenia przedmiotowych środków dowodowych z 9.08.2022 r. z uwagi na złożenie wezwania przez Zamawiającego na adres elektronicznej skrzynki podawczej Odwołującego w systemie ePUAP z naruszeniem sposobów komunikacji określonych w warunkach zamówienia, w tym określonych w 11.17 SWZ oraz niezgodnie z pkt B. 3a formularza ofertowego, w sytuacji, gdy zgodnie z ww. warunkami zamówienia i formularzem ofertowym, określoną przez Zamawiającego i stosowaną w praktyce formą komunikacji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym była poczta elektroniczna, w tym obowiązkiem Zamawiającego było kierowanie wszelkich dokumentów, oświadczeń i wniosków do Odwołującego na adres poczty elektronicznej wskazany przez Odwołującego w formularzu ofertowym, a ww. naruszenie spowodowało brak skutecznego złożenia i doręczenia wezwania z dnia 09.08.2022 r. Odwołującemu oraz brak rozpoczęcia biegu terminu na uzupełnienie i przedłożenie przedmiotowych środków dowodowych.

2) art. 64 w związku z art. 67 PZP przez naruszenie określonych jw. W SWZ i formularzu ofertowym form komunikacji z Odwołującym (w postaci skierowania przez Zamawiającego wezwania z dnia 09.08.2022 r. na adres elektronicznej skrzynki podawczej Odwołującego w systemie ePUAP zamiast na adres poczty elektronicznej Odwołującego) oraz zastosowanie

przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia narzędzi i urządzeń komunikacji elektronicznej, które nie są niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne w rozumieniu art. 64 PZP,

3) art. 16 pkt 1 i 2 PZP przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postaci prowadzenia korespondencji z Odwołującym się z naruszeniem zasad komunikacji określonych w SWZ,

4) art. 226 ust. 1 pkt 2c w związku z art. 107 ust. 2 PZP przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy nie wystąpiły okoliczności zastosowania ww. przepisu, w sytuacji braku skutecznego wezwania Odwołującego do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,

5) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy nie wystąpiły okoliczności uprawniającego Zamawiającego do zastosowania ww. przepisu, polegające na bezzasadnym stwierdzeniu przez Zamawiającego, że oferta złożona przez Odwołującego w postępowaniu w przedmiocie Zamówienia w części 2 była niezgodna z warunkami Zamówienia i podlega odrzuceniu,

6) Naruszenia art. 255 pkt 2 PZP przez bezzasadne unieważnienie postępowania i uznanie, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu, w sytuacji, gdy oferta złożona przez Odwołującego spełniała wszelkie wymogi określone w warunkach Zamówienia i nie powinna podlegać odrzuceniu, a w konsekwencji postępowanie w części 2 nie powinno zostać unieważnione.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnia, że Zamawiający w dniu 9.08.2022 r. wezwał do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie części 1 i 2 Zamówienia — wezwanie to zostało skierowane na adres elektronicznej skrzynki podawczej Odwołującego w systemie ePUAP (tj. adres: /P.M./domyslna).

Jak wynika wprost z treści pkt. 11.17b SWZ: „Zamawiający przekazuje dokumenty na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę wskazując ten adres w ofercie i zobowiązuje się do utrzymania jego funkcjonalności przez czas trwania postępowania. Domniemywa się, że dokumenty, oświadczenia i wnioski przekazany na adres poczty elektronicznej przekazane na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym zostały doręczone skutecznie, a Wykonawca zapoznał się z ich treścią.”; podobne postanowienia zawiera pkt B 3a)

formularza ofertowego: „Zamawiający przekazuje dokumenty, oświadczenia i wniosku w trakcie postępowania na ww. adres poczty elektronicznej wykonawcy, na co wykonawca wyraża zgodę. Wykonawca niniejszym zobowiązuje się do utrzymania jego funkcjonalności przez czas trwania postępowania przez czas trwania postępowania. O zmianie adresu poczty elektronicznej do przekazywania korespondencji związanej z danym postępowania wykonawca niezwłocznie zawiadamia zamawiającego składając oświadczenie osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy. Domniemywa się, że dokumenty, oświadczenia i wnioski przekazane na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym zostały doręczone skutecznie a wykonawca zapoznał się z ich treścią.”

W ocenie Odwołującego, wezwanie z 9.08.2022 r. zostało złożone przez Zamawiającego z naruszeniem zasad komunikacji i prowadzenia korespondencji w toczącym się postępowaniu o udzielenie Zamówienia, w sposób sprzeczny z treścią SWZ oraz formularza ofertowego, co stanowi równocześnie naruszenie art. 67 PZP. Wezwanie powinno bowiem zostać wysłane na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym Odwołującego, tj. na adres przetargi@solartime.pl.

Wskazane postanowienia SWZ i formularza jednoznacznie wskazują, że Zamawiający był zobowiązany kierować wszelką korespondencję do Odwołującego w sprawach dotyczących postępowania — wyłącznie na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym, a nie na adres skrzynki na portalu ePUAP, o czym świadczy w szczególności zdanie: „Zamawiający przekazuje dokumenty, oświadczenia i wniosku w trakcie postępowania na ww. adres poczty elektronicznej wykonawcy”.

Zgodnie z art. 8 PZP, oświadczenia Zamawiającego zawarte w SWZ i treści wzoru formularza ofertowego podlegają wykładni oświadczeń woli na zasadach 65 Kodeksu cywilnego.

Znaczenie oświadczeń woli ujętych w formie pisemnej ustala się przyjmując za podstawę przede wszystkim tekst dokumentu, a przy jego interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym (tak m.in. wyrok KIO z dnia 22.07.2021 sygn. KIO 1520/21).

Wykładnia przytoczonych powyżej postanowień pkt 11.17 SWZ lit. b) oraz pkt B 3. lit. a) formularza ofertowego Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, że to Zamawiający określił, że korespondencja do Odwołującego (w tym m.in. wezwanie do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych) ma być kierowana na adres poczty elektronicznej podany przez Odwołującego. Ponadto, uwzględniając, że to Zamawiający jest twórcą SWZ oraz treści formularza ofertowego, dokonując wykładni oświadczeń woli na podstawie art. 65 S 1 Kodeksu cywilnego należy zastosować w tym przypadku dyrektywę in dubio contra proferentem (w razie wątpliwości przeciwko oświadczającemu), czyli dokonywać wykładni restryktywnej wobec twórcy ww. postanowień. Wątpliwości interpretacyjne, niedające się

usunąć za pomocą ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygane na niekorzyść strony, która zredagowała tekst wywołujący wątpliwości, a decydujące jest obiektywne rozumienie oświadczenia woli w chwili, w której zostało ono złożone adresatowi (tak m.in. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., sygn. akt III CZP 66/95, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31.01.2003 r., sygn. akt IV CKN 1706/00, wyrok SN z dnia 10.12.2003 r., sygn. akt V CK 46/03). Gdyby zamiarem Zamawiającego było uzgodnienie dwóch równorzędnych form komunikacji z wykonawcami, nie powinien w treści formularza ofertowego i SWZ umieszczać postanowienia „Zamawiający przekazuje dokumenty, oświadczenia i wniosku w trakcie postępowania na ww. adres poczty elektronicznej wykonawcy”, które nie pozostawia wątpliwości, że korespondencja ze Strony Zamawiającego ma być kierowana do Odwołującego na adres jego poczty elektronicznej — o czym zdecydował Zamawiający, redagując treść takiego postanowienia.

Równocześnie należy podkreślić, że w treści formularza ofertowego, poczta elektroniczna jako sposób komunikacji i przekazywania korespondencji została umieszczona na pierwszym miejscu, co dodatkowo wykazują, że zamiarem Zamawiającego było uznanie tej formy komunikacji i korespondencji za wyłączną w postępowaniu dotyczącym Zamówienia. Należy również podkreślić, że Zamawiający we wzorze formularza ofertowego zmienił kolejność form komunikacji z wykonawcami i tam wskazał na pierwszym miejscu komunikację za pomocą poczty elektronicznej (w porównaniu do pkt 11.17 SWZ); dodatkowo, rzeczona kolejność utrzymała się we wszystkich wersjach wzoru formularza ofertowego, pomimo, że był on kilkakrotnie modyfikowany przez Zamawiającego w toku postępowania.

Dowody: - swz, -wzór formularza ofertowego, - wzór formularza ofertowego po modyfikacji z 05.07.2022 r.

Należy również podkreślić, że całość korespondencji i komunikacji pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym we wszelkich sprawach związanych z postępowaniem o udzielenie Zamówienia, była prowadzona wyłącznie za pośrednictwem poczty elektronicznej - na adres email wskazany w formularzu ofertowym Odwołującego. W tym zakresie wskazuję, że Odwołujący otrzymywał od Zamawiającego na adres wskazany w formularzu ofertowym m.in. wiadomości zawierające oferty konkurencyjnych wykonawców Flexipowergroup sp. z o.o. sp.k. oraz Ergo Ekologia sp. z o.o. w dniu 09.08.2022 r. Wykazuje to w sposób jednoznaczny, że Zamawiający w postępowaniu utrwalił praktykę co do stosowanej formy prowadzenia korespondencji z Odwołującym, przyjmując i potwierdzając, że całość korespondencji w sprawach związanych z postępowaniem będzie kierowana na adres email Odwołującego, a nie za pomocą platformy ePUAP.

Dowody: - wniosek Odwołującego o udostępnienie skanów ofert innych wykonawców z 27.07.2022 r. - korespondencja od Zamawiającego z dnia 09.08.2022 r.

Dodatkowo, w dniu 09.08.2022 r. (tj. w ten sam dzień, w którym zostało wysłane wezwanie do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych), Zamawiający przesłał do Odwołującego korespondencje mailową na adres przetargi@solartime.pl — w tej sytuacji nie znajduje żadnego uzasadnienia (zarówno prawnego, jak i faktycznego), dlaczego złożone w ten sam dzień wezwanie do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zostało wysłane na adres elektronicznej skrzynki podawczej Odwołującego na portalu ePUAP, a nie na adres poczty elektronicznej; należy również uwzględnić okoliczność, że zarówno mail, jak i wezwanie były wysyłane przez tą samą osobę, tj. Wójta Gminy Orły. Powyższe czynności Zamawiającego są w takiej sytuacji sprzeczne zarówno z zasadami stosowania środków komunikacji elektronicznej określonymi w art. 64 i 67 PZP, jak również stanowią naruszenie zasady przejrzystości i zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 PZP, a zmiana przez Zamawiającego sposobu komunikacji z Odwołującym stanowi czynność, która mogła wprowadzić Odwołującego w błąd i uniemożliwić mu dotrzymanie wyznaczonego w wezwaniu z 09.08.2022 r. terminu, a w konsekwencji uniemożliwić dalszy udział w postępowaniu.

Należy również zwrócić uwagę, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, powszechnie przyjętą i utrwaloną praktyką jest kierowanie korespondencji przez zamawiającego na rzecz wykonawców (w tym również wezwań do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych) za pośrednictwem adresu email wykonawcy, wskazanego w formularzu ofertowym. Stosowanie ww. praktyki Odwołujący potwierdza z uwagi na swoje doświadczenie w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych, od ponad 10 lat uczestnicząc w kilkuset przetargach.

Informacja o otrzymaniu wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych została powzięta dopiero w dniu 18.08.2022 r., gdy nie było możliwe dotrzymanie przez Odwołującego ww. terminu — w tym w szczególności z przyczyn opisanych szczegółowo w piśmie Odwołującego z dnia 19.08.2022 r.

Dowody: Pismo Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. w sprawie terminu na złożenie przedmiotowych środków dowodowych wraz z mailem do Zamawiającego

Uwzględniając, że wezwanie do uzupełnienia i złożenia przedmiotowych środków dowodowych z dnia 09.08.2022 r. zostało przez Zamawiającego złożone z naruszeniem zasad komunikacji i korespondencji w toczącym się postępowaniu dot. Zamówienia — wezwanie to nie zostało skutecznie złożone ani doręczone, co w konsekwencji pozbawiło Odwołującego możliwości złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w wyznaczonym w wezwaniu terminie (tj. do dnia 18.08.2022 r. do godziny 10:00). Wysłanie wezwania z dnia 09.08.2022 r. za pośrednictwem portalu ePUAP, który nie był przeznaczony do korespondencji w sprawach dot. postępowania i nie był przez Zamawiającego w ogóle

używany w celu komunikacji z Odwołującym, powoduje w szczególności brak skutecznego złożenia wezwania w rozumieniu art. 61 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 PZP. Zgodnie z ww. przepisem, oświadczenia woli składane w postaci elektronicznej uznaje się za złożone skutecznie, jeżeli druga strona miała możliwość zapoznania się z tym oświadczeniem, a w niniejszej sprawie Odwołujący się był takiej możliwości pozbawiony — z przyczyn omówionych szczegółowo w piśmie Odwołującego z dnia 19.08.2022 r., w tym w szczególności uwzględniając, że w okresie złożenia wezwania na adres elektronicznej skrzynki podawczej na platformie ePUAP (/P.M./domyslna), pan P. M. jako wyłącznie uprawniony do korzystania z ww. skrzynki był pozbawiony możliwości odbioru korespondencji ze względu na fakt, iż przebywał wówczas w Stanach Zjednoczonych i z przyczyn technicznych był w okresie wysłania wezwania pozbawiony m.in. dostępu do internetu i możliwości odbierania korespondencji za pomocą ePUAP. Należy podkreślić, że portal ePUAP jest narzędziem komunikacji przeznaczonym dla osób fizycznych i dostęp do konta ePUAP ma tylko i wyłącznie osoba, do której konto należy, w tym tylko ta osoba posiada niezbędne dane oraz hasła dostępu. W szczególności, nie jest możliwe utworzenie konta ePUAP dla spółki Solartime ani przekazanie danych dostępu do konta na rzecz jakichkolwiek innych osób. Dodatkowo, w okresie złożenia przez Gminę wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, na urlopie przebywał również pan A. W. — Prezes Zarządu Solartime i inne osoby zarządzające spółką.

Należy również stwierdzić, że z uwagi na bezskuteczność złożenia wezwania z dnia 09.08.2022 r., termin określony przez Zamawiającego na złożenie i uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie rozpoczął biegu i Odwołujący nie powinien być nim związany. Pomimo tego Odwołujący w dniu 19.08.2022 r. wniósł o przedłużenie (względnie wyznaczenie nowego) terminu na przedłożenie i uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych, który nie został przez Zamawiającego uwzględniony. Brak uwzględnienia tego wniosku stanowi naruszenie przez Zamawiającego art. 107 ust. 2 oraz art. 67 PZP, zwłaszcza uwzględniając, że możliwość przedłużenia terminu na uzupełnienie i złożenie przedmiotowych środków dowodowych została dopuszczona przez Krajową Izbę Odwoławczą, w tym m.in. w wyroku KIO 180/12 z dnia 08.02.2012 r.: „przesunięcie terminu na uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp nie narusza w żaden sposób zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia. Działania zamawiającego winny zmierzać do wyboru najkorzystniejszej oferty a nie eliminacji poszczególnych wykonawców poprzez np. wykluczenie ich z postępowania w skutek wyznaczenia im krótkiego terminu na uzupełnienie brakujących czy też błędnych dokumentów ale też np. poprzez odmowę przesunięcia tego terminu” .

Wymaga również zaznaczenia, że w przypadku naruszenia przez zamawiającego zasad komunikacji z wykonawcami, w tym w szczególności poprzez przesłanie pisma lub wezwania

z wykorzystaniem nieprawidłowej formy komunikacji, Krajowa Izba Odwoławcza uznaje takie pismo lub wezwanie za bezskuteczne KIO 1520/21 dotyczy podobnego stanu faktycznego do niniejszej sprawy, w którym uwzględniono zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty wykonawcy i stwierdzono m.in.: „ W konsekwencji, Izba uznała, że wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 5 maja 2021 r. nie zostało przekazane wykonawcy zgodnie z postanowieniami SWZ, bowiem Zamawiający w treści SWZ wskazał, że komunikacja odbywać się będzie dodatkowo przy użyciu poczty elektronicznej. Wezwanie zaś nie zostało przekazane Odwołującemu na wskazany w formularzu oferty adres poczty elektronicznej, co miało wpływ na możliwość terminowego udzielenia odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Izba w konsekwencji uwzględniła odwołanie.”

Pomimo, że wniosek zawarty w piśmie Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. nie został uwzględniony, Odwołujący jeszcze tego samego dnia uzupełnił w przeważającej większości przedmiotowe środki dowodowe, o których mowa w wezwaniu do złożenia i uzupełnienia środków dowodowych z dnia 09.08.2022 r., a ostatnia część takich środków została wysłana w dniu 25.08.2022 r. (niezwłocznie po otrzymaniu takich dokumentów od dystrybutora pomp ciepła Krommler — tj. firmy Heating Polska s.c.). Powyższe dokumenty zawierały takie dokumenty jak wskazane w wezwaniu z *-09.08.2022 r.:

1) karta katalogowa (opis techniczny) oferowanych rozdzielnych pomp ciepła, podpisana przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora na rynku polskim, obejmująca informacje potwierdzające spełnienie parametrów określonych w załączniku nr 10 do SWZ ("Minimalne parametry urządzenia do potwierdzenia kartami katalogowymi zgodnie z pkt 3 i 4 oraz potwierdzające wartości wskazane w kryteriach oceny ofert pkt 17.8-17.11 SWZ,

2) szczegółowe sprawozdanie z badań wykonane zgodnie z normą IEC 16147:2017 lub równoważną, zawierające co najmniej informacje zgodnie z pkt 9.2 ppkt 9.21. lit. a) do p) oraz pkt 9.2.2 Tabela 12 normy IEC 16147:2017 lub równoważnej, dla oferowanych pomp ciepła, wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust.

2 PZP lub niezależną jednostkę badawczą z akredytacją ISO 17025 lub równoważną, 3) szczegółowe sprawozdanie z badań o którym mowa w pkt 4.8 lit. b) tiret trzeci SWZ dla oferowanych kompaktowych pomp ciepła,

4) szczegółowe sprawozdanie z badań o którym mowa w pkt 4.8 lit. b) tiret trzeci SWZ dla oferowanych rozdzielnych pomp ciepła.

Dowody:

- Pismo nr 2 Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. wraz z przedłożeniem przedmiotowych środków dowodowych wraz z załącznikami oraz mailem do Zamawiającego,

- Pismo nr 3 Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. wraz z przedłożeniem przedmiotowych środków dowodowych wraz z załącznikami oraz mailem do Zamawiającego,

- Dokumenty dot. pomp ciepła Krommler potwierdzone przez dystrybutora (oświadczenie i karty katalogowe) wraz z mailem do Zamawiającego z dnia 25.08.2022 r.

Przedmiotowe środki dowodowe objęte wezwaniem Zamawiającego z 09.08.2022 r. zostały przez Odwołującego uzupełnione niezwłocznie, w całości i w zaproponowanym przez Odwołującego w piśmie z dnia 19.08.2022 r. terminie, który odpowiadał terminowi wyznaczonemu przez Zamawiającego w wezwaniu z 09.08.2022 r. (jak opisano w piśmie Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. w sprawie terminu złożenia i uzupełnienia środków dowodowych), z zastrzeżeniem, że był liczony od daty, w którym Odwołujący uzyskał informację o wezwaniu do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Odwołującego, w sytuacji, w której Zamawiający bezskutecznie wezwał Odwołującego do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych i naruszył zasady komunikowania i prowadzenia korespondencji obowiązujące w postępowaniu dot. Zamówienia, po otrzymaniu pisma Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. w sprawie terminu na złożenie przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający powinien złożyć rzeczony wezwanie ponownie, na adres poczty elektronicznej Odwołującego, wraz z wyznaczeniem nowego terminu na złożenie i uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający w powyższej sytuacji mógł również wyrazić zgodę na złożenie i uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych w terminie zaproponowanym przez Odwołującego we wskazanym powyżej piśmie z dnia 19.08.2022 r.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę, że przy założeniu, że wezwanie do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych z dnia 09.08.2022 r. nie wywierało żadnych skutków prawnych z uwagi na nieprawidłową formę jego złożenia przez Zamawiającego, termin na uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie rozpoczął biegu, a zatem Odwołujący się nie mógł go naruszyć. W tej sytuacji, uzupełnienie przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych nastąpiło przed wyznaczeniem i upływem terminu określonego przez Zamawiającego, co jest dopuszczalne i znajduje uzasadnienie w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej; w tym zakresie należy wskazać m.in. wyrok KIO z 03.01.2011 r. sygn. KIO 2723/10: „Ponieważ dokumenty te zostały przedłożone zamawiającemu i stanowiły one przedmiot jego badania, w ocenie składu orzekającego, nie mogły być one pominięte przy rozpoznawaniu odwołania. W sytuacji, gdyby okazało się, że uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu, pomimo uchybienia proceduralnego (z uwagi na brak wezwania ze strony zamawiającego do ich uzupełnienia), powinny być uwzględnione, jako mające znaczenie dla wyniku postępowania. W takiej sytuacji, nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, już przedłożonych w postępowaniu przetargowym, byłoby działaniem sztucznym, obciążonym nadmiernym formalizmem, nie

prowadzącym do zmiany tej oceny.”; podobne stanowisko prezentują m.in. wyrok KIO z 15.06.2011 r., sygn. KIO 1169/11 oraz wyrok KIO z 11.08.2011 r., sygn. KIO 1654/11.

Jak wynika z opisanych powyżej okoliczności, w niniejszym postępowaniu, skutek uchybień i naruszeń ze strony Zamawiającego, nie wystąpiły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego określone w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP, skoro Odwołujący nie został skutecznie wezwany do złożenia i uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych — nie naruszył terminu na ich złożenie i uzupełnienie.

W zakresie niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia — również ta podstawa odrzucenia oferty (tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP) nie została spełniona. W szczególności należy podkreślić, że Odwołujący się przedłożył wszystkie wymagane dokumenty wykazujące spełnienie warunków zamówienia, uwzględniając przedmiotowe środki dowodowe uzupełnione przez Odwołującego w dniach 19.08.2022 r. oraz 25.08.2022 r., a oferta z uwzględnieniem tych dokumentów była w całości zgodna z warunkami zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że przedłożone przez Odwołującego w dniu 25.08.2022 r. karty katalogowe pomp ciepła Krommler, spełniały wszystkie określone przez Zamawiającego w zakresie parametrów i funkcjonalności pomp ciepła, w tym w szczególności określone w Załączniku nr 10 do SWZ „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi” (w tym m.in. pkt 3 i 4) oraz wartości przyjęte w kryteriach oceny ofert w pkt 17.8-17.11 SWZ. W szczególności, przedłożone przez Odwołującego w korespondencji email z dnia 25.08.2022 r. karty katalogowe zawierały informacje wykazujące, że oferowane pompy posiadają „Panel sterujący z funkcją zliczania ilości wyprodukowanej energii cieplnej w zakresie statystyk (statystyki co najmniej dzienne, miesięczne, roczne i całkowite”, których nie posiadały m.in. karty katalogowe pomp ciepła oferowanych przez wykonawców Ergo Ekologia sp. z o.o. oraz FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. i stanowiły podstawę do odrzucenia przez Zamawiającego ofert tych wykonawców na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, pomimo przedłożenia przez ww. wykonawców uzupełniających kart katalogowych.

Dodatkowo, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartych w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 30.08.2022 r. (w części obejmującej uzasadnienie przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego), Odwołujący w ramach uzupełnienia środków dowodowych dołączył również karty katalogowe rozdzielnej pompy ciepła — dokumenty te zostały przesłane do Zamawiającego w dniu 25.08.2022 r.

Dowody: - Informacja o unieważnieniu postępowania w części 2 z dnia 30.08.2022 r.
informacja o otwarciu ofert z dnia 22.07.2022 r.,

- Pismo nr 2 Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. wraz z przedłożeniem przedmiotowych środków dowodowych wraz z załącznikami oraz mailem do Zamawiającego,

Pismo nr 3 Odwołującego z dnia 19.08.2022 r. wraz z przedłożeniem przedmiotowych środków dowodowych wraz z załącznikami oraz mailem do Zamawiającego,

- Dokumenty dot. pomp ciepła Krommler potwierdzone przez dystrybutora (oświadczenie i karty katalogowe) wraz z mailem do Zamawiającego z dnia 25.08.2022 r.

Uwzględniając powyższe, oznacza to, że w sytuacji, w której uznać uzupełnienie przez Odwołującego przedmiotowych środków dowodowych za prawidłowe, nie występowałby jakikolwiek brak zgodności oferty Odwołującego z warunkami Zamówienia, co w kontekście odrzucenia ofert pozostałych wykonawców doprowadziłoby do sytuacji, że oferta złożona przez Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Uwzględniając powyższe okoliczności, skutek czynności Zamawiającego naruszających warunki Zamówienia oraz obowiązujące przepisy prawa (w tym w szczególności PZP),

Mając na względzie okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu zasługuje ono na uwzględnienie. Załączniki: powołane w piśmie

Sygn. akt KIO 2361/22

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

[Wobec łącznego uargumentowania przez Odwołującego wszystkich zarzutów w treści odwołania i ich wzajemnego powiązania uzasadnienie dotyczy bezprzedmiotowości wszystkich zarzutów opisanych w treści wywiedzionego odwołania tj. zarzutu naruszenia art. 107 ust. 2 w zw. z art. 67 oraz pkt 11.17 SWZ, pkt. B.3 załącznika nr 3 do SWZ; art. 64 w zw. z art. 67; art. 16 pkt 1 i 2; art. 226 ust. 1 pkt. 1 pkt. 2 lit c w zw. z art. 107 ust. 2; art. 226 ust. 1 pkt 5; art. 255 pkt 2 pzp.

Zamawiający — Gmina Orły, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „ Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz pomp ciepła na terenie gmin Medyka, Orły i Krasiczyn ", które podzielone zostało na dwie części.

Odwołanie dotyczy wyłącznie drugiej części zamówienia, którego przedmiot dotyczył dostawy i montażu. Po względem cenowym oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, ale uwzględniając decyzje w przedmiocie odrzucenia oferty Wykonawcy zajmującego pierwsze miejsce — FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., oferta Odwołującego mogła zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Zgodnie z pkt. 4.8 lit. b) SWZ, Wykonawca wraz z oferta na część 2 zobowiązany był złożyć określone tam przedmiotowe środki dowodowe w celu potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie wskazanym w zestawieniu poniżej oraz potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z kryteriami ocen ofert w zakresie podanym w rozdziale 17 SWZ:

1. kartę katalogową (opis techniczny) oferowanych pomp ciepła podpisaną przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmującą informacje potwierdzające spełnienie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 10 do SWZ — „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt. 3, (pompy ciepła do CWU kompaktowe) i pkt. 4 (pompy ciepła do CWU rozdzielne) oraz potwierdzające, wartości przyjęte w kryteriach oceny ofert w pkt 17.8-17.11 SWZ;

2. kartę katalogową (opis techniczny) oferowanych zasobników c.w.u. dla pomp rozdzielnych podpisaną przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmującą informacje potwierdzające spełnienie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr I O do SWZ — „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt. 5, (zasobnik c.w.u. dla pomp rozdzielnych);

3. szczegółowe sprawozdanie z badań wykonane zgodnie z normą IEC 16147:2017 lub równoważną zawierające co najmniej informacje zgodnie z pkt 9.2 ppkt. 9.2.1 lit. a) do p) oraz pkt 9.2.2 Tabela 12 normy IEC 16147:2017 lub równoważnej, dla oferowanych pomp ciepła, wydane przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 105 ust. 2 ustawy Pzp lub niezależną od wykonawcy jednostkę badawczą posiadającą akredytację ISO 17025 lub równoważną (fakt posiadania przez jednostkę badawczą akredytacji ISO 17025 lub równoważnej może wynikać z treści wystawionego dokumentu lub wykonawca zobowiązany jest to udokumentować odrębnym dokumentem).

4. etykietę efektywności energetycznej wydaną przez producenta, zgodnie z Rozporządzeniem Komisji UE 8 12/2013.

Wykonawca wraz z ofertą nie złożył następujących przedmiotowych środków dowodowych: karty katalogowej (opisu technicznego) oferowanych rozdzielnych pomp ciepła wymienionej wyżej w punkcie 1 oraz szczegółowego sprawozdania z badań wykonanego zgodnie z normą IEC 16147:2017 lub równoważną wymienionego wyżej w punkcie 2.

Złożona karta katalogowa oferowanych kompaktowych pomp ciepła nie zawiera informacji, że pompy te posiadają „Panel sterujący z funkcją zliczania ilość energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dziennie, miesięczne, roczne i całkowite)”. Jednocześnie karta katalogowa kompaktowej pompy ciepła i zasobnika c.w.u. została podpisana wyłącznie podpisem kwalifikowanym Wykonawcy. Wykonawca nie przedstawił przy tym informacji wskazujących, czy jest on producentem lub podmiotem uprawnionym do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim. Co więcej, Zamawiający przedstawił szczegółowe zastrzeżenia co do złożonych przez Wykonawcę dokumentów w zakresie oferowanej pompy kompaktowej, które w sposób szczegółowy opisane zostały w informacji o odrzuceniu oferty.

Wobec zaistniałych braków złożonych przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający 9 sierpnia 2022r. wezwał Odwołującego za pośrednictwem formularza udostępnionego na ePUAP do ich złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia.

Zgodnie z SWZ w r. 11 poświęconym informacjom o środkach komunikacji elektronicznej, przy użyciu których Zamawiający będzie komunikował się z Wykonawcami oraz dotyczącym informacji o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej, w sposób niebudzący wątpliwości opisano formę komunikacji dotyczącą zarówno składania ofert jak i odrębnie w odniesieniu do innych dokumentów niestanowiących oferty. Zgodnie z pkt 11.17 SWZ, W postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami w zakresie składania dokumentów, oświadczeń, wniosków (innych niż ofert - które mogą być przekazywane jedynie w sposób wskazany w pkt 11.8 SWZ) odbywa się elektronicznie za pośrednictwem:

- a) dedykowanego formularza: „Formularz do komunikacji” dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez miniPortal; lub
- b) poczty elektronicznej na adres poczty Zamawiającego: zp@ugorly.pl

Zamawiający przekazuje dokumenty na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę wskazując ten adres w ofercie i zobowiązuje się do utrzymania jego funkcjonalności przez czas trwania postępowania. Domniemywa się, że dokumenty, oświadczenia i wnioski przekazane na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym zostały doręczone skutecznie, a Wykonawca zapoznał się z ich treścią

Tym samym Zamawiający ustalił, dwa, równoważne sobie sposoby prowadzonej komunikacji, nie dając pierwszeństwa żadnemu z nich. W ocenie Zamawiającego świadczyć o tym winien spójnik „lub” potwierdzający alternatywną możliwość zastosowania dwóch dróg komunikacji. Wykonawca w treści uzasadnienia przedstawia argumentację opartą wyłącznie w odniesieniu się do punktu 11.17 lit b) SWZ tj. odnosząc się do komunikacji za pośrednictwem poczty elektronicznej, tak jakby fragment dotyczący formy wykorzystującej formularz do komunikacji dostępny na ePUAP, nie został uwzględniony w SWZ, mimo, że się tam znajduje, dodatkowo w miejscu poprzedzającym fragment o poczcie elektronicznej bowiem w 11.17 lit a) SWZ.

Odwołujący w sposób równie wybiórczy powołuje się na treść formularza ofertowego załączonego do SWZ, w którym zakresie danych wykonawców w pkt 3 wskazano dane teleadresowe, na które należy przekazywać korespondencję związaną z niniejszym postępowaniem. W tym miejscu także wskazano dwie, alternatywne drogi komunikacji w sposób odpowiadający zapisom SWZ, niemniej Odwołujący usilnie odwołuje się wyłącznie do pkt. B 3 lit. a pomimo, że w pkt. B 3 lit. b jako alternatywną drogę komunikacji wskazano

formularz do komunikacji dostępny na ePUAP. Jedyna różnica sprowadzała się do odwrotnej kolejności wymienienia tych sposobów, niemniej nie zmieniając równoważnego charakteru ich zastosowania. Abstrahując od braku znaczenia kolejności wymienionych sposobów komunikacji oraz pomimo przypisania przez Odwołującego, nie wiadomo z jakiego powodu, rozstrzygającego znaczenia okoliczności, że w formularzu ofertowym jako pierwszą drogę komunikacji wymieniono pocztę elektroniczną, Zamawiający podnosi, że to pierwotnie w SWZ, a zatem dokumencie wiodącym w zakresie dokumentacji przetargowej oznaczono na pierwszym miejscu jako sposób komunikacji "korzystanie formularza dostępnego na ePUAP. Zamawiający nie tylko nie dał prymatu oznaczonej formie komunikacji ale także nie wprowadził regulacji względem, której raz zastosowany sposób prowadzonej korespondencji stanowi wiążący wybór dla wymiany dalszej dokumentacji między stronami. Wobec tego forma komunikacji pozostawała w gestii wyboru stron, a każda z postaci jej zastosowania była względem siebie równoważna. Nie znajduje uzasadnienia argumentacja Odwołującego, że w oparciu o zapisy SWZ kierowana do niego korespondencja miałaby się ograniczać do sposobu przesyłania jej pocztą elektroniczną, podczas gdy nic nie świadczy o nadaniu temu kanału komunikacji znaczenia wiodącego. Fakt powoływania się przez Odwołującego wyłącznie na szczątkowe regulacje w zakresie sposobu porozumiewania się między stronami, ignorując formę alternatywną stanowi o wybiórczym posługiwaniu się treścią dokumentacji postępowania i może być wyrazem próby zmanipulowania jej treści w sposób pasujący pod tezę stawianą przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego, wskazująca na jedyną dopuszczalną i skuteczną formę komunikacji poprzez pocztę elektroniczną, wynika wyłącznie z okoliczności braku właściwej kontroli powiadomień kierowanych na podany przez samego Wykonawcę adres poczty ePUAP.

Odwołujący w treści złożonego formularza ofertowego jako adres skrzynki ePUAP podał adres /P.M./domyślna i to na ten adres Wysłane zostało przez Zamawiającego wezwanie, których to okoliczności Wykonawca nie zaprzecza. Fakt podania dokładnie tego adresu zobowiązał Wykonawcę do właściwego śledzenia przychodzącej na niego korespondencji, co jest dodatkowo ułatwione wobec otrzymywania systemowo stosownych powiadomień generowanych i dostarczanych na podany przez użytkownika adres mailowy. To na Wykonawcy podającym te dane ciążyło zobowiązanie do należytego śledzenia nowo pojawiających się informacji i właściwe sprawowanie kontroli nad otrzymywanymi wezwaniami. Ewentualne trudności w dostępie do Internetu czy skrzynki ePUAP obciążają Wykonawcę, który winien zadbać o podanie takiego adresu w zakresie, którego nie będzie borykał się z trudnościami co do jego dostępności. Jednocześnie nie sposób uznać za wiarygodne twierdzenie o braku dostępu do Internetu przez cały okres wyznaczonego terminu na złożenie odpowiedzi na wezwanie, której to okoliczności wykonawca nawet nie starał się wykazać.

Nie sposób zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, że z zdania „Zamawiający przekazuje dokumenty na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym Wykonawcy (...)” znajdującego się w opisie dotyczącym tej formy komunikacji, miałyby że jedynym przyjętym i skutecznym sposobem komunikacji jest ten wykorzystujący pocztę elektroniczną. Taka argumentacja stoi w sprzeczności z wyraźnym oznaczeniem dwóch dróg komunikacji i postania między nimi spójnika „lub”. Co więcej opisowy fragment umiejscowiony w tym punkcie miał stanowić dodatkowe potwierdzenie wyrażenie zgody przez Wykonawcę na kierowanie korespondencji na ten adres oraz jego zobowiązanie „do utrzymania jego funkcjonalności przez czas trwania postępowania”. Wobec powyższego argumentacja Odwołującego nie stanowi pokrycia w brzmieniu zapisów i celu dla jakiego zostały poczynione.

Zamawiający był uprawniony do skorzystania z sposobu komunikacji za pośrednictwem formularza do komunikacji dostępnego na ePUAP. Wykorzystał sposób przewidziany w zapisach SWZ i powielony w formularzu ofertowym, który został także zaakceptowany przez Wykonawcę. Wobec tego brak jest logicznej argumentacji, dla której miałyby zostać rzekomo pozbawiony możliwości wykorzystania tego kanału komunikacji.

W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie nie zachodziły także okoliczności uzasadniające przesunięcie pierwotnie terminu na złożenie bowiem w sprawie nie zaistniały żadne sytuacje niezależne od Wykonawcy, które w sposób rzeczywisty uniemożliwiły mu złożenie odpowiedzi w terminie. W ocenie Zamawiającego wyłączną przyczyną braku odpowiedzi na wezwanie jest zaniechanie po stronie Odwołującego wynikające z braku należytego kontrolowania kierowanej do niego korespondencji, która to okoliczność obciąża Wykonawcę i nie stanowi podstawy do wydłużenia mu terminu na złożenie wyjaśnień.

Odnosząc się do wskazanego przez Odwołującego wyroku KIO 1520/21 rzekomo wydanego w „podobnym” stanie faktycznym sprawie, w którym KIO orzec miało o bezskuteczności doręzonego wezwania, a w konsekwencji uznać zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, podkreślić należy, że nie sposób przenieść tego rozstrzygnięcia na niniejszą sprawę. Zamawiający w dokumentacji dotyczącej niniejszego postępowania w zakresie korespondencji między stronami posłużył się spójnikiem „lub” a tym samym określił alternatywne sposoby komunikacji, a nie wzajemnie się uzupełniające jak miało to miejsce w sprawie wskazanej przez Odwołującego. Nie sposób uznać, że spójniki „lub” i „oraz/i” są sobie równe, wobec czego rozstrzygnięcie zapadłe w sprawie KIO 1520/21 nie znajduje odniesienia do niniejszej sprawy.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący Flexipower wskazał, że stan faktyczny sprawy w zasadzie jest niesporny. Zwrócił uwagę na treść złożonych Zamawiającemu na jego wezwanie wyjaśnień z dnia 17 sierpnia 2022 r., po otrzymaniu których Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty. Z powołanym pismem Zamawiający otrzymał kartę katalogową i oświadczenie wykonawcy o parametrach paneli sterowania pompy ciepła zgodnych z wymogami specyfikacji.

Odwołujący Solartime przypomniał, że kluczowa w sprawie jest forma komunikacji stron w postępowaniu. Oceniał, że Zamawiający sam nadał prymat jednej ze wskazanych stron komunikacji z wykonawcami, tj. w drodze przesyłek pocztą elektroniczną. Wskazują na to zapisy formularza ofertowego oraz specyfikacji. Praktyka potwierdziła fakt korzystania z formy preferowanej, a nie adresu skrzynki ePUAP. W konsekwencji za bezskuteczne należy uznać skierowanie do wykonawcy wezwania drogą de facto niestosowaną. W związku z powyższym wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków spowodowanych, w ocenie Zamawiającego, uchybieniem wyznaczonego terminu. Stwierdza, iż także szeroka praktyka postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje na wskazaną wyżej dominującą i preferowaną formę komunikacji zamawiających z wykonawcami.

Zamawiający wniósł o oddalenie obydwu odwołań ze stanowiskiem przedstawionym w pisemnych odpowiedziach na odwołania.

W zakresie odwołania Flexipower uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia wymaganego warunku przedmiotowego, nie przedstawił także stosownego pełnomocnictwa od producenta urządzenia co do deklarowanego parametru.

W zakresie odwołania Solartime wskazał, że obie formy komunikacji Zamawiającego z wykonawcami należy traktować równoważnie, co potwierdza użycie w zapisach SWZ spójnika „lub”. W kontekście konkretnych zapisów specyfikacji nie ma podstaw do twierdzenia o prymacie jednej ze wskazanych form komunikacji w stosunku do drugiej. Nie ma także znaczenia teza o dominującym na rynku sposobie komunikowania się uczestników, jak też fakt, iż wcześniejsza komunikacja z wykonawcą odbywała się drogą poczty elektronicznej.

Przystępujący Solartime podtrzymał jako własne stanowisko Zamawiającego dot. Flexipower.

Podniósł nadto brak wykazania przez wykonawcę spełnienia wymogu i zauważył, że brak w karcie katalogowej nie może być uzupełniony oświadczeniem własnym wykonawcy. Przypomniał, że Zamawiający oczekiwał konkretnego środka dowodowego. W ofercie

wykonawca wskazał innego producenta niż uprawniony wyłączny dystrybutor w Polsce. Urządzenie Cromler zostało wskazane jako wyprodukowane przez producenta Chińskiego. Ponadto wskazał na wątpliwości wynikające z faktu powiązań osobowych Odwołującego Flexipower z inną spółką, która złożyła ofertę. Następstwem powiązań może być podejrzenie o zмовę przetargową lub inny czyn nieuczciwej konkurencji. Złożył KRSy i własne dwa opracowania graficzne wskazujące na powiązania tych podmiotów.

Odwołujący Flexipower podtrzymał stanowisko z odwołania, wniósł o oddalenie ostatniego wniosku dowodowego firmy Solartime jako nieprzydatnego do rozstrzygnięcia. Stwierdził, że jako upoważniony przez producenta podmiot miał prawo uzupełnić treść karty katalogowej w sposób dokonany w wyjaśnieniu z 17 sierpnia 2022 r.

Odwołujący Solartime wskazał, że dokument przesłany przez Flexipower nie zawiera dowodu co do umocowania osoby podpisującej. Przypomniął, że wykonawca posłużył się kartami katalogowymi firmy Heating, a nie GZ Theodoor. Wskazał, iż dokument złożono po terminie, jako że wpłynął na terminie rozprawy. Zauważył, że wątpliwości budzi fakt niezłożenia tego dokumentu wcześniej, skoro jest datowany na dzień 10 maja. Przypomniął treść pouczenia w formularzu ofertowym i specyfikacji co do formy komunikacji.

W trakcie rozprawy przewodniczący stwierdził, że na konto służbowe otrzymał nadesłany przez Odwołującego Flexipower dokument pochodzący od firmy GZ Theodoor z 10 maja 2022 r. z tłumaczeniem na język polski.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników przedstawione w odwołaniach oraz podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Interes obydwu wykonawców w rozumieniu przepisów ustawy pzp traktujących o środkach ochrony prawnej jest oczywisty wobec faktu odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia, a w następstwie stwierdzenia braku ofert, unieważnienia postępowania przez zamawiającego. Każdy z wykonawców zasadnie upatruje swój interes w zamiarze zawarcia z zamawiającym umowy dostawy przedmiotu zamówienia po uprzednim unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania, że złożona przez wykonawcę oferta nie podlega odrzuceniu.

Sygn. akt. KIO 2359/22

Ustalono jako niesporną treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, gdzie zgodnie z pkt. 4.8 b, Wykonawca na część 2 zobowiązany był złożyć określone przedmiotowe środki dowodowe wymienione w celu potwierdzenia zgodności oferowanych produktów z wymaganiami w tym w zakresie podanym w rozdziale 17 SWZ.

Wykonawca - odwołujący wraz z ofertą złożył przedmiotowe środki dowodowe, które w ocenie Zamawiającego nie potwierdzały wszystkich wymagań określonych w dokumentach zamówienia. W szczególności karta katalogowa oferowanej rozdzielnej pompy ciepła nie zawierała informacji czy pompa ta posiada „Panel sterujący z funkcją zliczania ilości "produkowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dziennie, miesięczne, roczne i całkowite))".

Zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia karty katalogowej o informacje dotyczące kwestii wskazanej w zdaniu powyżej.

W odpowiedzi, piśmie z dnia 17 sierpnia 2022 r. Wykonawca złożył dokumenty, dołączając do nich pismo przewodnie, zgodnie z którym „Wykonawca firma FlexiPower Group Sp. z o. o. S.K. przedkłada uzupełnioną kartę katalogową o informację, że pompa posiada „panel sterujący z funkcją zliczania ilości wyprodukowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dziennie, miesięczne, roczne i całkowite)).”

Pomimo oświadczenia, karta katalogowa rozdzielnej pompy ciepła, podpisana przez producenta pompy i złożona w ramach procedury uzupełnień przedmiotowych środków dowodowych zawierał informacje, że pompa posiada „Sterowanie z funkcją zliczania wyprodukowanej energii cieplnej, jednakże bez określenia czasookresów w jakich prowadzone są te statystyki tj. informacji wymaganej, opisaney wyżej.

„W zakresie części 2 zamówienia Wykonawca przedkłada stosowne wyjaśnienia.

I. Wykonawca firma FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. K. przedkłada uzupełnioną kartę katalogową o informację, że pompa posiada „panel sterujący z funkcją zliczania ilości wyprodukowanej energii cieplnej w postaci statystyk (statystyki co najmniej (dziennie, miesięczne, roczne i całkowite).

II. Wykonawca przedkłada podpisaną kartę katalogową zasobnika c.w.u. podpisaną przez dystrybutora urządzeń.

III. Firma FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. K informuję, że nie uzyskało od producentów pomp ciepła szczegółowego sprawozdania z badań. Stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa. Jedynymi dokumentami udostępnionymi przez producenta zawierającymi dane techniczne są karty katalogowe. W związku z tym Wykonawca przedstawił dokumenty potwierdzające wymagania SWZ oraz PFU w formie kart katalogowych.

Na potwierdzenie przedkładamy oświadczenia od producentów pomp ciepła.”

Treść powyższa w nawiasie stanowi cytat części końcowej wyjaśnień odwołującego z dnia 17 sierpnia 2022 r.

Skład orzekający potwierdza przy tym, że załączone karty katalogowe nie zawierają, mimo takiej zapowiedzi, wpisu z informacją, o której mowa w pkt I. cytowanym powyżej. W treści pisma brak jest również oświadczenia wykonawcy, złożonego albo w imieniu własnym albo w charakterze przedstawiciela producenta lub upoważnionego dystrybutora zawierającego wymaganą treść o parametrach przedmiotowych produktu.

Potwierdza się ocena i stwierdzenie zamawiającego ujęte w odpowiedzi na odwołanie, iż w treści złożonych wyjaśnień nie padło sformułowanie wskazujące na pełnienie przez niego (odwołującego) funkcji autoryzowanego dystrybutora pomp ciepła producenta GZ Theodor Tech co. Ltd z siedziba w Guagzhou, na pełnienie roli, której wskazuje w treści odwołania fragment: „w odpowiedzi na powyższe wezwanie FlexiPower sp. z o.o. sp.k złożyła wyjaśnienia w dniu 17 sierpnia 2022 r. załączając kartę katalogową zawierającą informację o „Sterowaniu z funkcją zliczania wyprodukowanej energii cieplnej” jednocześnie stwierdzając w treści wyjaśnień jako autoryzowany dystrybutor pompy ciepła producenta GZ Theodor Tech co. Ltd”. /.../ Informacja ta nie mogła znaleźć się bezpośrednio w karcie w języku polskim, z przyczyn technicznych, wobec czego FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z OPZ złożyła oświadczenie samodzielnie.”

Odwołujący po raz pierwszy na tą okoliczność wskazał w treści odwołania jednocześnie nie przedkładając na potwierdzenie tych stwierdzeń stosownego pełnomocnictwa pomimo wymienienia go jako dowód: „pełnomocnictwo GZ Theodor TECH Co. LTD udzielone FlexiPower Group sp. Z o.o. sp.k. oraz M. P. z ustanowieniem do bycia upoważnionym przedstawicielem”

Jak wcześniej wskazano, w toku rozprawy odwołujący przedstawił po raz pierwszy w toku postępowania, zarówno o udzielenie zamówienia publicznego, jak i odwoławczego, dokument w wersji elektronicznej datowany 10 maja 2022 r., w którym firma GZ Theodor TECH Co. LTD z/s Gangzhou w Chinach udziela odwołującemu i jego Prezesowi określonych upoważnień do działania w imieniu producenta, w szczególności ze wskazaniem określonych czynności.

W ocenie składu orzekającego wykonawca przedstawia w toku opisanych zdarzeń odmiennie różnorako i niekonsekwentnie swój status i uprawnienia. W wyjaśnieniach z dnia 17 sierpnia 2022 r. wskazuje w rzeczywistości jedynie na treść karty katalogowej, której to treści w istocie nie ma, a w tym wskazaniu „przedkłada uzupełnioną kartę katalogową o informację, że pompa posiada „panel sterujący z funkcją /.../”. Ocenia w piśmie, iż wobec niemożności uzupełnienia karty, oświadcza w imieniu własnym o parametrach pompy.

W odwołaniu natomiast powyższą treść wykląda jako stanowisko swoje, jako dystrybutora – pełnomocnika, „jednocześnie stwierdzając w treści wyjaśnień jako autoryzowany dystrybutor

pompy ciepła producenta GZ Theodoor Tech co. Ltd z siedzibą w Guagzhou, że panel sterujący wyposażony jest w funkcję/.../”.

Dodatkowo złożony na rozprawie dokument, zakładając jego wiarygodność, także co do daty wystawienia, powinien być znany odwołującemu jako pełnomocnikowi i możliwy do użycia w postępowaniu wyjaśniającym zważywszy, że funkcjonował w obrocie od trzech miesięcy licząc od daty sporządzenia do daty wyjaśnień. Gdyby nawet wiarygodne było oświadczenie odwołującego o pominięciu tego dokumentu jako dowodu w dokumentacji odwołania, niezrozumiałe jest złożenie przez niego w wyjaśnieniach oświadczenia własnego w imieniu własnym, a nie jako pełnomocnika. Wskazana niekonsekwencja budzi z drugiej strony wątpliwości co najmniej co do terminu ustanowienia pełnomocnika.

Teza o niedopatrzeniu w postaci braku uzupełnienia dokumentacji o tak istotny dokument jest również wiarygodna, co nie prowadzi do wniosku o poprawności złożonych przedmiotowych środków dowodowych zważywszy także na mający w postępowaniu zastosowanie wymóg szczególnej staranności wykonawców działających profesjonalnie.

W konsekwencji czego ocena zamawiającego, iż oferta jako niespełniająca wymagań określonych w SWZ podlegała odrzuceniu, jest w ocenie składu orzekającego, właściwa.

Sygn. akt KIO 2361/22

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutu odwołującego w przedmiocie właściwej formy doręczenia mu wezwania o udzielenie wyjaśnień i środków dowodowych należy stwierdzić, że w powołanych wcześniej zapisach SWZ w rozdziale 11 poświęconym informacjom o środkach komunikacji elektronicznej z wykonawcami oraz dotyczącym informacji o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej, opisano formę komunikacji dotyczącą zarówno składania ofert jak i odrębnie w odniesieniu do innych dokumentów niestanowiących oferty. Zgodnie z pkt 11.17 SWZ, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami w zakresie składania dokumentów, oświadczeń, wniosków (innych niż ofert - które mogą być przekazywane jedynie w sposób wskazany w pkt 11.8 SWZ) odbywa się elektronicznie za pośrednictwem:

a) dedykowanego formularza: „Formularz do komunikacji” dostępnego na ePUAP oraz udostępnionego przez miniPortal; lub

b) poczty elektronicznej na adres poczty Zamawiającego: zp@ugorly.pl

Zamawiający przekazuje dokumenty na adres poczty elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę wskazując ten adres w ofercie i zobowiązuje się do utrzymania jego funkcjonalności przez czas trwania postępowania. Domniemywa się, że dokumenty, oświadczenia i wnioski przekazane na adres poczty

elektronicznej wskazany w formularzu ofertowym zostały doręczone skutecznie, a Wykonawca zapoznał się z ich treścią. Tym samym ustalono dwa, równoważne sobie sposoby prowadzonej komunikacji, nie nadając prymatu żadnemu z nich. W szczególności świadczy o tym spójnik „lub” potwierdzający alternatywną możliwość zastosowania dwóch dróg komunikacji. Wykonawca w treści uzasadnienia przedstawia argumentację opartą wyłącznie w odniesieniu się do punktu 11.17 lit b) SWZ tj. odnosząc się do komunikacji za pośrednictwem poczty elektronicznej, tak jakby fragment dotyczący formy wykorzystującej formularz do komunikacji dostępny na ePUAP, w nie został uwzględniony w SWZ, mimo, że znajduje, dodatkowo w miejscu poprzedzającym fragment o poczcie elektronicznej w 11.17a SWZ.

Abstrahując od braku znaczenia kolejności wymienionych sposobów komunikacji oraz pomimo przypisania przez odwołującego, rozstrzygającego znaczenia okoliczności, że w formularzu ofertowym jako pierwszą drogę komunikacji wymieniono pocztę elektroniczną, w SWZ, a zatem dokumencie wiodącym w zakresie dokumentacji przetargowej oznaczono na pierwszym miejscu jako sposób komunikacji "korzystanie formularza dostępnego na ePUAP. Nie znajduje uzasadnienia argumentacja odwołującego, że w oparciu o zapisy SWZ kierowana do niego korespondencja miałaby się ograniczać do sposobu przesyłania jej pocztą elektroniczną. W ocenie składu orzekającego argumentacja wykonawcy, wskazująca na jedyną dopuszczalną i skuteczną formę komunikacji poprzez pocztę elektroniczną, wynika wyłącznie z okoliczności faktycznych leżących po jego stronie co do braku kontroli powiadomień kierowanych na podany przez niego adres poczty ePUAP /P.M./domyślna i to na ten adres wysłane zostało przez zamawiającego wezwanie, których to okoliczności są niesporne. Ewentualne trudności w dostępie do skrzynki ePUAP obciążają Wykonawcę, który winien zadbać o podanie takiego adresu w zakresie, którego nie będzie borykał się z trudnościami co do jego dostępności. Jednocześnie nie sposób uznać za wiarygodne twierdzenie o braku dostępu do Internetu przez cały okres Wyznaczonego terminu na złożenie stosownej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, której to okoliczności Wykonawca nawet nie starał się wykazać.

Zamawiający był uprawniony do skorzystania ze sposobu komunikacji za pośrednictwem formularza do komunikacji dostępnego na ePUAP i z tego uprawnienia skorzystał.

W sprawie nie zachodziły także okoliczności uzasadniające przesunięcie lub przywrócenie pierwotnie terminu na złożenie, jako że nie zaistniały okoliczności niezależne od Wykonawcy, które w sposób rzeczywisty uniemożliwiły mu złożenie odpowiedzi w terminie.

W związku z powyższym, wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie negując generalnie doświadczenia i profesjonalizmu obydwu wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która to okoliczność jest znana Izbie z urzędu, stwierdzić należy, w sprawach rozpoznawanych łącznie odwołań, obydwaj odwołujący nie sprostali wymogom postawionym w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, tak w zakresie merytorycznym, jak i formalnym.

W świetle powyższego uznając, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniach, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.) i 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: