

Sygn. akt: KIO 992/21

WYROK

z dnia 25 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez wykonawcę **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kudrowicach, Kudrowice 12, 95-200 Pabianice w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Garbów**, ul. Krakowskie Przedmieście 50, 21-080 Garbów

przy udziale wykonawcy **Arenella Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Strawczynku, ul. Turystyczna 78, 26-067 Strawczynek zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kudrowicach, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Kudrowicach na rzecz **Gminy Garbów** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Garbów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Garbów”, numer referencyjny: ZP.2710.XI.SŁON.GAR.1.2020. Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2020 r. nr ogłoszenia 2020/S 247 610870.

Zamawiający 17 marca 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1, złożonej przez Arenella sp. z o.o.. W terminie ustawowym wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Arenella sp. z o.o. w sytuacji, w której jest ona niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arenella sp. z o.o. podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ w zakresie w jakim zaoferowane falowniki produkcji Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd o nazwach BNT003KTL oraz HNS3000 TL-1 nie spełniają warunków opisu przedmiotu zamówienia określonych w pkt 1.12. dokumentacji technicznej - instalacja fotowoltaiczna o mocy 3,10 kWp oraz pkt 1.8. dokumentacji technicznej - instalacja fotowoltaiczna o mocy 3,10 kWp, a przedstawione przez Wykonawcę Arenella sp. z o.o. dokumenty nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw,
- 3) art. 7 ust. 1. w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu,
- 4) ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że dokumenty na potwierdzenie okoliczności zgodności oferowanych dostaw z normą podlegają uzupełnieniu zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

wezwania wykonawcy Arenella sp. z o.o. do wyjaśnienia jaki rodzaj fizycznego zabezpieczenia przeciwprzepięciowego (ogranicznika przepięć) znajduje się w oferowanych falownikach produkcji Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd o nazwach BNT003KTL oraz HNS3000 TL-1 i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że ograniczniki przepięć są zgodne z SIWZ.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Arenella sp. z o.o.
- 4) względnie, w przypadku uwzględnienia jedynie zarzutu z punktu IV. Petitum ~ nakazanie Zamawiającemu wezwania Arenella sp. z o.o. do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp okoliczności czy rodzaj fizycznego zabezpieczenia przeciwprzepięciowego (ogranicznika przepięć) znajduje się w oferowanych falownikach produkcji Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd o nazwach BNT003KTL oraz HNS3000 TL-1 i przedstawienia dokumentów potwierdzających, że ograniczniki przepięć są zgodne z SIWZ, a w przypadku niezastosowania się do wezwania lub niepotwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z SIWZ, nakazanie Zamawiającego odrzucenia oferty Arenella sp. z o.o.

nadto Odwołujący wniósł o:

- 5) 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,
- 6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- 7) zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na Dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Garbów.

W uzasadnieniu zarzutu niezgodności oferty Wykonawcy Arenella sp. z o.o. z SIWZ Odwołujący podał, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał dla inwerterów 3-fazowych następujących parametrów (analogiczny wymóg w zakresie posiadania ograniczników przepięć odnosi się dla inwerterów 1-fazowych): moc czynna inwertera 3,0 kW; europejska sprawność nie mniejsza niż 97%; moc wyjściowa inwertera w granicach 80- 120% mocy elektrowni; zabezpieczenie inwertera - zintegrowane w obudowie

Inwertera: Ograniczniki przepięć typu JH (AC) oraz typu II (DC), rozłącznik DC; min 2 wejścia MPPT; Stopień szczelności min. IP 65, Zintegrowany monitoring sieci zabezpieczenia przed pracą wyspową; Gwarancja 10 lat. W toku wyjaśnień treści SIWZ Zamawiający zmienił częściowo wymóg dla zabezpieczenia przeciwprzepięciowego poprzez odpowiedź na pytanie 1 z dnia 7 stycznia 2021 r. (odpowiedź z dnia 12 stycznia 2021 r.): *Czy zamawiający zezwala na zamontowanie ograniczników przepięć typ III (AC) oraz typ II (DC) poza obudową inwertera w dedykowanej skrzynce? Na rynku nie ma obecnie falowników w wbudowanymi takimi zabezpieczeniami.* Odpowiedź na pytanie 1: *Zamawiający wymaga inwerterów z fabrycznie wbudowanymi tego typu zabezpieczeniami.* Zdaniem Odwołującego właściwa odpowiedź na pytanie 1 powinna brzmieć: Zamawiający wymaga inwerterów z fabrycznie wbudowanymi zabezpieczeniami przepięciowymi. Zamawiający rezygnuje z zapisu odnośnie wymaganych typów ograniczników przepięć AC i DC. Arenella sp. z o.o. w złożonej ofercie zaoferowała falowniki produkcji Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd o nazwie BNT003KTL (3-fazowe) oraz HNS3000TL-1 (1-fazowe). Zgodnie z punktem 8.7.3. i następnymi SIWZ potwierdzenie wymaganych parametrów tychże falowników miało nastąpić w oparciu o karty katalogowe załączone wraz z ofertą. Załączona karta katalogowa dołączona do oferty Arenella sp. z o.o. wskazuje co prawda na posiadanie ochrony przeciwprzepięciowej AC/DC falownika, ale nie potwierdza spełniania wymogu posiadania fizycznego ogranicznika przepięcia AC i DC. Objaśnieniem dla powyższej niezgodności jest treść dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego.

Poza przywołanymi wyżej fragmentami dokumentacji i zmianą treści SIWZ, Zamawiający wskazał wprost w punkcie 1.12. dokumentacji technicznej wymóg zastosowania fizycznego systemu przeciwprzepięciowego po stronie zarówno napięcia stałego jak i zmiennego. O jednoznaczności wymogu fizycznego systemu przeciwprzepięciowego świadczy przede wszystkim zdanie „Wszystkie zastosowane ograniczniki przepięć należy bezwzględnie uziemić przewodem LgY o polu przekroju poprzecznego co najmniej 16mm² w żółto-zielonej izolacji. Ograniczniki przepięć DC należy uziemić do osobnego punktu uziemieniowego o rezystancji $R < 10Q$, natomiast ogranicznik przepięć AC może być połączony z główną szyną uziemiającą budynku, aby zabezpieczyć instalację przed skutkami wyładowań pojawiających się w okolicy”. Jako normę stanowiącą podstawę opracowania dokumentacji Zamawiający wskazał m.in. PN EN 62305-1:2008 Ochrona Odgromowa. Część I: Zasady Ogólne lub normę równoważną. Zgodnie z definicją zawartą w tej normie - w punkcie 3.53 Urządzenie do ograniczania przepięć SPD to urządzenie przeznaczone do ograniczania przepięć przejściowych i do odprowadzania prądów udarowych, zawierające przynajmniej jeden element nieliniowy. Oznacza to, że instalacja zgodna z przywołaną normą i wymogami Zamawiającego, w ramach

zabezpieczenia przeciwprzebieciowego musi zawierać co najmniej jeden warystor tj. element, który zabezpiecza instalację przed wpływem przebiecia. Tymczasem zgodnie z informacją uzyskaną od polskiego dystrybutora falowników - Afore Polska sp. z o.o. zabezpieczenie w falownikach BNT003KTL oraz HNS3000TL-1 jest zabezpieczeniem polegającym na instalacji oprogramowania wykrywającego zmiany napięcia pracy falownika. Okoliczność tę potwierdza także fakt dostosowania karty technicznej oferowanego falownika pod wymóg postępowania. Karta techniczna dostępna powszechnie w Internecie, na stronach powiązanych z dystrybutorem zawiera informację: Ochrona przebieciowa (AC/DC) - Wbudowane (- /Typ III). Podczas gdy karta załączona do postępowania jest dostosowana tak, by pomijać informację o typie zastosowanego ogranicznika przebiec i odwołania się do lakonicznej informacji o szeroko rozumianej ochronie przeciwprzebieciowej, bez wskazywania konkretnie zastosowanego rozwiązania: Ochrona przebieciowa (AC/DC) - (Tak /Tak). Falowniki Afore BIM T003KTL oraz HNS3000TL-1 nie posiadają zatem wymaganego treścią SIWZ zabezpieczenia przeciwprzebieciowego. Żaden dokument techniczny nie potwierdza tego jakie rozwiązanie przeciwprzebieciowe zostało zastosowane przez producenta urządzeń, a brak potwierdzenia, że jest to fizyczne rozwiązanie zgodne z przywołaną w dokumentacji normą w zakresie wymaganych ograniczników przebiec.

W ocenie Odwołującego powyższa niezgodność oferowanych urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia stanowi nieusuwalną wadę skutkującą odrzuceniem oferty Arenella sp. z o.o. jako niezgodnej z SIWZ, co czyni uzasadnionym zarzut, że zaniechanie czynności odrzucenia oferty przez Zamawiającego było niezgodne z ustawą. Powyższe okoliczności prowadzą do konstatacji, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Arenella Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub co najmniej zbadania jej w procedurze określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, których to obowiązków nie dochował, wskutek czego naruszył przepisy ustawy przy dokonywaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu prawnym swojego stanowiska Odwołujący stwierdził, że w świetle podniesionych powyżej zarzutów, czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana przez Zamawiającego bez kontroli spełniania wszystkich wymogów nałożonych przez SIWZ, co sprawia, że oferta nie może zostać uznana za zgodną z SIWZ. Nadto Zamawiający dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą oraz zawierającą rażąco niską cenę. Należy także wskazać, że za niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać takie zachowanie Zamawiającego, który pozwala na udzielenie zamówienia przez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a także takie, które polega na odrzuceniu oferty, która nie powinna podlegać odrzuceniu. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, nie budzi wątpliwości także zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp statuującego zasadę legalizmu. Zgodnie z nią

zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Tym samym nie można uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu czyni zadość wskazanej wyżej zasadzie. Z zasady równego traktowania wywodzi się odwołanie do zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażone m.in. w orzecznictwie ETS. Powyższe okoliczności prowadzą do konstatacji, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Arenella sp. z o.o. na podstawie trzech niezależnych przestanków. Wskazane naruszenia miały wpływ na wynik postępowania.

Pismem z 19 maja 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

20 maja 2021 r. wykonawca Arenella Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”), który z zachowaniem wymogów ustawowych zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się jego uczestnikiem, przedstawił swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania. Do pisma zostały załączone karty katalogowe oferowanych falowników.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do pisma Przystępującego, a także złożone na rozprawie przez: Odwołującego w tym w postaci: oświadczenia Afore Polska Sp. z o.o. z dnia 11 maja 2021 r., wyciągu z Polskiej Normy PN-EN 62305-1 Ochrona odgromowa, wydruku zawierającego definicję elementu liniowego oraz przez Zamawiającego w postaci: korespondencji mailowej z 18 maja 2021 r. Przystępującego z Afore Polska Sp. z o.o., kart katalogowych producenta falowników zaoferowanych przez Przystępującego i kart katalogowych producenta falowników zaoferowanych przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz.

2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, lecz jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zarzuty zostały podniesione przeciwko wyborowi najkorzystniejszej oferty i zaniechaniu odrzucenia oferty Arenella sp. z o.o., która jest w chwili obecnej ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. W przypadku jej odrzucenia oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. będzie mogła zostać poddana ponownemu badaniu i ocenie. Ponieważ oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. oraz innych wykonawców, nie były poddane badaniu pod kątem przesłanek wykluczenia oraz odrzucenia oferty, skutkiem uwzględnienia odwołania Odwołujący będzie miał możliwość uzyskać zamówienie. Tym samym interes FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. wyraża się w tym, że utrzymanie w mocy dotychczasowej decyzji Zamawiającego, naraża spółkę na szkodę w zakresie w jakim nie będzie mogła zrealizować zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy NPzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Na wstępie zauważenia wymaga, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest oceniana z uwzględnieniem definicji oferty, zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o materialną sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie z zobowiązaniem, którego zamawiający oczekuje i który opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta występuje wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania Zamawiającego. Dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na czym ta niezgodność polega. Przy ocenie w tym zakresie brany jest pod uwagę podwyższony miernik staranności w działaniu wykonawcy, co wynika z art. 355 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), zaś należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności*. Ponadto zasadą jest, że niezgodność oferty z SIWZ musi być jednoznacznie wykazana, a istniejące wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SIWZ w zakresie wymagań Zamawiającego nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy, wskazania wymaga, iż zgodnie z pkt. 1.8. Projektu Budowlano-Wykonawczego branży elektrycznej dla zestawów fotowoltaicznych w zakresie części 1, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia (OPZ) w postępowaniu, inwertery (falowniki) fotowoltaiczne to urządzenia do konwersji prądu stałego na prąd zmienny, dla których Zamawiający wymagał m.in. zabezpieczenia, które miało być zintegrowane w obudowie inwertera: Ograniczniki przepięć typu III(AC) oraz typu II (DC), rozłącznik DC (str. 15). Przedmiotem sporu jest to, czy zaoferowane przez Przystępującego falowniki spełniają wymagania SIWZ w zakresie zabezpieczenia inwertera. Wobec stanowiska zaprezentowanego na rozprawie przez Odwołującego, nie jest sporne, że spełniają wymóg w zakresie dotyczącym prądu stałego (DC), a różnica stanowisk dotyczy tego czy posiadają zintegrowane w obudowie inwertera ograniczniki przepięć typu III (AC) dla prądu zmiennego.

W tym zakresie zauważenia wymaga, że Odwołujący prezentuje odmienne rozumienie postanowień SIWZ, niż Przystępujący i Zamawiający. Odwołujący twierdzi, że Zamawiający wymagał w pkt 1.12 dokumentacji fizycznego ogranicznika przepięć AC i DC,

natomiast Przystępujący stoi na stanowisku, że: Zamawiający dopuścił dowolny rodzaj zabezpieczenia, byle zabezpieczenie to spełniało wymagania przeciwprzepięciowe przewidziane dla inwertera, że nie wymagał aby inwerter posiadał fizyczne zabezpieczenie przeciwprzepięciowe, a jedynie, aby zabezpieczenie było fabrycznie wbudowane.

Jak słusznie wskazał Przystępujący, argumentacja Odwołującego z powołaniem się na pkt 1.12 dokumentacji technicznej, że Zamawiający wymagał fizycznego systemu przepięciowego po stronie zarówno napięcia stałego jak i zmiennego, nie dotyczy zabezpieczeń, jakie mają być zastosowane w inwerterze, a zabezpieczeń, które mają znaleźć się w rozdzielnicach poza inwerterem, tj. plastikowych skrzynkach elektrycznych, będących odrębnymi od falownika elementami instalacji fotowoltaicznej. Wynika to z faktu, iż na początku pkt 1.12 dokumentacji technicznej stwierdza się: *„Ochrona przepięciowa instalowanego systemu fotowoltaicznego jest zrealizowana poprzez ochronniki przeciwprzepięciowe typu I+II, instalowane po stronie napięcia stałego DC w rozdzielnicy RDC, oraz po stronie napięcia zmiennego AC w rozdzielnicy zbiorczej RPV. Zabezpieczenie przed przeciążeniem po stronie napięcia DC zostało zrealizowane w oparciu o normę PN-HD 60364-7-712 lub równoważna. Przed inwerterem (po stronie zasilania z generatora PV) instalować ochronniki przepięciowe kombinowane typu I+II (wyposażone w iskierniki gazowy) o maksymalnym prądzie wyładowczym (8/20 us) min. 40kA dedykowane instalacjom fotowoltaicznym.”* Powyższe zostało na rozprawie potwierdzone przez Zamawiającego i znajduje potwierdzenie w treści Projektu Budowlano-Wykonawczego branży elektrycznej dla zestawów fotowoltaicznych w zakresie części 1, stanowiącego OPZ w postępowaniu. Również przywołana przez Odwołującego norma została wskazana, zdaniem Przystępującego, w kontekście zabezpieczeń zewnętrznych (poza falownikiem), a nie w odniesieniu do zabezpieczeń wbudowanych w inwerterze. Odwołujący nie przedstawił kontrargumentów w tym zakresie, pozwalających na stwierdzenie, że stanowisko Przystępującego nie znajduje oparcia w przywołanej przez niego normie.

Powyższe wskazuje, że ww. wykonawcy z treści SIWZ wyprowadzali odmienne wnioski dotyczące wymogów zabezpieczenia inwerterów, co jak wyżej wskazano, w sytuacji, gdy SIWZ i odpowiedź na pytanie nr 1, przedstawione w odwołaniu, nie były jednoznaczne w tym zakresie, to nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy, który zastosował się do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i przedstawił wymagane w niej karty katalogowe potwierdzające spełnienie wymogów Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że Przystępujący wykazał, że zaoferowane przez niego inwertery posiadają zabezpieczenia sprzętowe, wskazując m.in., że jest to fizyczne warystorowe zabezpieczenie przeciwprzepięciowe, znajdujące się

wewnątrz obudowy falownika, co wynika ze złożonych przez niego kart katalogowych. Jak stwierdził Zamawiający karty katalogowe złożone przez Przystępującego pochodzą ze strony producenta i wskazują na zintegrowaną ochronę przepięciową po stronie AC i DC. Wynika z nich, że jest zapewniona zintegrowana ochrona przepięciowa, która była wymagana na str. 15 projektu, o którym wspominał Odwołujący. Jest to element fizycznie zabudowany, nieliniowy, tj. fizyczny ogranicznik przepięć, przy czym chodzi o dwa urządzenia, jedno po stronie AC drugie po stronie DC.

Oznacza to, że zarówno Przystępujący jaki i Zamawiający, wskazując m.in. na karty katalogowe producenta, stwierdzają, że zaoferowane przez wykonawcę Arenella Sp. z o.o. inwertery posiadają zabezpieczenie sprzętowe. Potwierdzają to załączone do pisma Przystępującego karty katalogowe dla falowników serii HNS jednofazowych i serii BNT trójfazowych w odniesieniu do zabezpieczenia przeciwprzepięciowego wskazują: „Zintegrowany (Typ III)”. Tymczasem Odwołujący powołuje się na karty katalogowe, jak stwierdził, pochodzące ze stron powiązanych z dystrybutorem, z brzmienia których wyprowadza odmienne wnioski. W ocenie Izby karty katalogowe pochodzące od producenta są bardziej wiarygodne, niż te, które pochodzą od bliżej niezidentyfikowanych, co do posiadania aktualnej wiedzy o produkcji, podmiotów.

Nie jest sporne, że dla potwierdzenia spełniania wymagań SIWZ w tym zakresie wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć karty katalogowe, jak też, że przedłożone przez Przystępującego karty katalogowe wskazują na ochronę przepięciową AC/DC bowiem zarówno dla prądu zmiennego (AC), jak i prądu stałego (DC) jest potwierdzenie jej występowania, na co wskazują adnotacje „Tak/Tak”. Nie jest też sporne, że karty katalogowe złożone przez Przystępującego zostały sporządzone z zaznaczeniem przedmiotowego postępowania. Istotą sporu według treści odwołania jest natomiast to, że karta katalogowa złożona przez Przystępującego nie potwierdza spełniania wymogu fizycznego ogranicznika przepięcia AC i DC, a według stanowiska zaprezentowanego na rozprawie tylko AC, bowiem pomija informację o typie zastosowanego ogranicznika przepięć i odwołuje się do lakonicznej informacji o szeroko rozumianej ochronie przepięciowej, bez wskazywania konkretnie zastosowanego rozwiązania.

W ocenie Izby okoliczność, iż karty katalogowe, pozyskane przez Odwołującego ze stron internetowych powiązanych z dystrybutorem, w tym zakresie posiadają wskazane przez niego ww. wpisy, sama w sobie nie oznacza, że to te karty są właściwe dla zaoferowanych przez Przystępującego falowników 6 generacji, a nie karta katalogowa złożona przez Przystępującego. Po pierwsze, jak wyżej zaznaczono, karty katalogowe złożone przez Przystępującego zawierają wskazanie na przedmiotowe postępowanie. Po drugie, wykonawca ten stwierdził, że zaoferował inwertery szóstej generacji, czemu

Odwołujący nie zaprzeczył. Po trzecie, jak wynika ze złożonej przez Zamawiającego na rozprawie korespondencji mailowej z 18 maja 2021 r. pomiędzy Arenella Sp. z o.o. a Afore sp. z o.o., na wystąpienie Przystępującego o potwierdzenie, że szósta generacja inwerterów Afore (w szczególności modele HNS3000-TL1 oraz BNT003KTL) posiadają wbudowane fizyczne zabezpieczenia przeciwprzebiegiowe typu III oraz o potwierdzenie, że karty katalogowe nowej generacji inwerterów były dostępne od stycznia 2021 r. w celu składania zamówień na przyszłe dostawy, Afore Sp. z o.o. udzieliła odpowiedzi, że falowniki 6 generacji serii HNS (jednofazowe) są dostępne w sprzedaży i posiadają zabezpieczenie przeciwprzebiegiowe typu III po stronie AC/DC, natomiast falowniki 6 generacji serii BNT (trójfazowe) będą dostępne w magazynie od czerwca (pierwsze ok. 200 szt.), a proces ich certyfikacji ma zostać ukończony najpóźniej pod koniec lipca 2021 r. Wg ustaleń z fabryka i uzgodnionych kart katalogowych wszystkie modele trójfazowe będą posiadać zabezpieczenie przeciwprzebiegiowe typu II. Parametry falowników/karty katalogowe 6 generacji serii BNT są znane od końca 2020 r. – z drobnymi modyfikacjami wprowadzonymi przez fabrykę na etapie przedprodukcyjnym. Na kolejne pytanie Arenella Sp. z o.o. z ww. daty tj. od kiedy w sprzedaży są falowniki HNS szóstej generacji, Afore Polska Sp. z o.o. odpowiedziała, że od wiosny 2020 r.

W związku z tym należy uznać, że złożone na rozprawie przez Odwołującego oświadczenie Afore Polska Sp. z o.o. z dnia 15 maja 2021 r. nie stanowi wystarczającego dowodu na potwierdzenie jego twierdzeń. Wynika to z oceny, że nie pozostaje ono w sprzeczności z ww. stanowiskiem tego podmiotu i tego autora, zaprezentowanym w korespondencji mailowej, bowiem odnosi się do falowników serii HNS oraz BNT (do mocy 30kW) obecnie dostępnych na rynku. Wskazuje ono wprawdzie, że obecnie dostępna na rynku seria posiada wbudowane ograniczniki przepięć po stronie DC typu III, natomiast falowniki po stronie AC posiadają zabezpieczenie przed nieprawidłowościami sieci elektroenergetycznej wykonywane poprzez oprogramowanie falownika, który nie zapewnia takiej samej funkcjonalności działania co wbudowany element nieliniowy, jednak zawiera także informację, że nowy model falowników, który będzie posiadał wbudowane ograniczniki przepięć po stronie DC i AC typu II (iskierniki) na chwilę obecną nie jest w sprzedaży, jest aktualnie w certyfikacji. Zauważenia przy tym wymaga, że złożeniu powyższego oświadczenia nie towarzyszy wystąpienie Odwołującego do tego dystrybutora. Nie jest zatem wiadomo z jakim pytaniem i o jaką treść oświadczenia wystąpił.

Z tych względów należy uznać, że Odwołujący, po którego stronie, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że oferta Przystępującego jest sprzeczna z SIWZ w omawianym zakresie.

Ad. zarzut nr i 3 dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzo: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Stosownie do art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp: *1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

W sprawie nie jest sporne, że oferta Przystępującego uzyskała najwyższą liczbę punktów. Zarzuty odnoszące się do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej są konsekwencją zarzutu zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Skoro Odwołujący nie wykazał, aby brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy Arenella Sp. z o.o. oznaczał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to również ten zarzut należy uznać za niezasadny.

Ad. Ewentualny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

W sytuacji, gdy wymagane, dla potwierdzenie spełnienia wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ przez oferowane inwertory, karty katalogowe, które zostały przedłożone przez Przystępującego, potwierdzają spełnienie tych wymogów, również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, że nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Musiało to skutkować brakiem uwzględnienia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: