

**Wyrok**  
**z dnia 10 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 9 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę **FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kudrowice 12, 95-200 Pabianice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Żychlin, ul. Barlickiego 15, 99-320 Żychlin**

przy udziale wykonawcy **PRO-ECO Sp. z o. o., al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.
  
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Żychlin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kudrowice 12, 95-200 Pabianice** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.1. zasądza od zamawiającego na rzecz **FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kudrowice 12, 95-200 Pabianice** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Żychlin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Projektowanie, dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, kotłów na biomasę w ramach projektu pn.: „Ochrona powietrza w Gminie Żychlin” Część II. Wartość zamówienia przekracza kwotę wynikającą z art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Wpis w wysokości 15.000 złotych został uiszczony.

Odwołującą się spółka FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. Kudrowice 12, 95-200 Pabianice (dalej – odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pro-Eco Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

I. art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez niezgodne z ustawą zaniechanie dokonania czynności wezwania Odwołującą się do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia albo do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym w sytuacji, gdy treść oferty oraz złożone przez Odwołującą się oświadczenia oraz dokumenty budziły wątpliwości Zamawiającego, a następnie jej odrzucenie w okolicznościach, które nie uzasadniały odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.,

II. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 p.z.p. przez uznanie, że urządzenia zaoferowane przez Odwołującą nie spełniają parametrów określonych i wymaganych przez Zamawiającego i w związku z tym niezasadne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującą się podczas gdy oferta ta była zgodna z SIWZ,

III. art. 91 ust. 1 p.z.p. przez wybór oferty Pro-Eco Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej podczas gdy to oferta Odwołującą się była ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania,

II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Pro-Eco Sp. z o.o. w postępowaniu pn. „Projektowanie, dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, kotłów na biomasę w ramach projektu pn.: „Ochrona powietrza w Gminie Żychlin” w zakresie Części II,

III. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującą się w Części II postępowania,

IV. nakazanie przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującą się,

V. w przypadku uwzględnienia wyłącznie II i III zarzutu nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyjaśniających w zakresie autentyczności oświadczeń i umocowania

osób reprezentujących producenta modułów fotowoltaicznych Sunergy Hongkong Works Limited, na które powołuje się FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.,

Uzasadnienie odwołania.

W dniu 12 lutego 2020 r. Zamawiający powiadomił o m.in. odrzuceniu oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako niezgodnej z SIWZ oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Pro-Eco Sp. z o.o. Jako przyczyny niezgodności z SIWZ Zamawiający upatrywał jednego z wymiarów panelu.

19 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującą do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. W odpowiedzi z dnia 27 grudnia 2019 r. FlexiPower Group przedstawiła m. in. kartę techniczną panelu fotowoltaicznego.

Dnia 10 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. do wyjaśnień w zakresie złożonej karty technicznej, wskazując, iż karta ta zawiera informację o wymiarach panelu: 1670x1002x35 mm, natomiast PFU wymagał, aby wymiary te wynosiły maksymalnie 2000x1000 mm. Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz ze stosownym dokumentem. Wskazał, iż na potrzeby niniejszego postępowania producent zaoferowanych modułów - Sunergy Hongkong Works Limited - wykona urządzenie o wymiarach odpowiadających wymaganiom SIWZ i załączył kartę techniczną to potwierdzającą oraz oświadczenie producenta w tym zakresie. Dodatkowo wskazał, iż dotychczasowa certyfikacja pozostanie aktualna.

16 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie uprawnienia osób składających oświadczenia woli w imieniu producenta Sunergy Hongkong Works Limited oraz kwestii złożonych na przedłożonych oświadczeniach podpisów.

W odpowiedzi FlexiPower Group wskazała, iż przedkładane dokumenty i oświadczenia pochodzą od osób uprawnionych do reprezentowania Sunergy Hongkong Works Limited, na co przedłożyła dalsze potwierdzenia - oświadczenie G. W., o uprawnieniach P. C. do reprezentowania Sunergy Hongkong Works Ltd, a także korespondencję mailową pomiędzy Wykonawcą oraz P. C. . Ponadto wskazał, iż ze względów obiektywnych nie jest możliwe uzyskanie dokumentów w formie pisemnej od azjatyckiego producenta.

Dowody: wezwanie z 10 stycznia 2020 r., odpowiedź z 14 stycznia 2020 r. wraz z załącznikami, wezwanie z 16 stycznia 2020 r., odpowiedź z 17 stycznia 2020 r. z załącznikami

Pomimo wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującej się jako niezgodną z SIWZ, wskazując niejako na nieuznanie przywołanych przez Wykonawcę argumentów, stwierdzając, że podpisy na oświadczeniach producenta nie są podpisane „oryginalnie” a Wykonawca nie wykazał, że oświadczenia pochodzą od osób uprawnionych do reprezentacji Sunergy Hongkong Works Ltd.

Odwołujący w dniu 21 lutego 2020 r. wniosła o unieważnienie dokonanych przez Zamawiającego czynności przedkładając dodatkowe dokumenty w postaci odpisu z hongkońskiego rejestru przedsiębiorców, oświadczenie dyrektora Sunergy Hongkong Works Limited Y. Y., iż potwierdza ważność dotychczas złożonych oświadczeń oraz upoważnienie G. W. do reprezentacji spółki. Zamawiający podtrzymał jednak swoje stanowisko.

Dowód - pismo Odwołującej się z dnia 21 lutego 2020 r. z załącznikami

### III. Zarzuty odwołania i uzasadnienie prawne

W ocenie Odwołującej się doszło do niesłusznego odrzucenia jej oferty, a w konsekwencji wyboru oferty Pro-Eco Sp. z o.o.

Wykonawca złożył w ofercie oświadczenie, iż zaproponowane urządzenia będą zgodne z wymogami SIWZ a następnie podjął wszelkie możliwe kroki celem wykazania, iż przedłożone w postępowaniu oświadczenia pochodzą od producenta zaoferowanych przez niego modułów. Przedłożył dokumenty potwierdzające po pierwsze uprawnienia Y. Y. jako dyrektora Sunergy Hongkong Works Limited, następnie umocowanie przez niego G. W. do reprezentacji, a w rezultacie także umocowanie P. C. będącej odpowiedzialną za kontakt z klientem, z którą Odwołująca się prowadziła bezpośrednią korespondencję oraz otrzymywała potrzebne dokumenty w tym kartę techniczną modułów.

Zaznaczyć należy także, że oświadczeniem woli nie jest jedynie oświadczenie sporządzone w formie pisemnej, lecz oświadczenie woli może przybrać formę chociażby dokumentową, która jest szczególnie powszechnie wykorzystywana w przypadku kontrahentów zagranicznych - jak w tym przypadku hongkońskiego. Do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej zgodnie z art. 77.2 i nast. k.c. wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie, a dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Powyższe oznacza, iż oświadczenie woli potwierdzone faksymilą jest pełnowartościowym oświadczeniem woli w obrocie prawnym.

W sytuacji jednak, gdy Zamawiający powziął wątpliwości związane z zakresem kompetencji G. W. oraz oświadczeniami Y. Y. co wprost przełożyło się na, jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. o.o. Sp. k., uznanie, że zaoferowany moduł nie spełnia wymogu wymiaru ramki o 2 mm zobowiązany był do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca mógłby złożyć dokumenty, które niniejszym załącza potwierdzając w ten sposób, iż dokumenty dotychczas złożone i oświadczenia w nich zawarte są obowiązujące a zatem jego oferta jest zgodna z SIWZ. Niezależnie od powyższego w formularzu ofertowym Wykonawca złożył oświadczenie, iż zrealizuje zamówienie zgodnie z SIWZ i Projektem Umowy. Tym samym wobec takiej treści oferty Zamawiający nie był uprawniony do dokonania odrzucenia oferty bez wezwania do wyjaśnień, jeśli powziął następczo

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

Na marginesie Wykonawca wskazuje, iż kwestia jednego z wymiarów ramki w zakresie 2 mm, abstrahując od faktu, iż przy realizacji przedmiotowego zadania FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. i tak dysponowałaby urządzeniami o wymiarach zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego, jest kwestią o znaczeniu marginalnym w kontekście parametrów wymaganych od oferowanych urządzeń, których spełnianie zapewnia oferta Odwołującej się. Odwołująca się już po dokonaniu przez Zamawiającego czynności odrzucenia jej oferty przedłożyła dalsze dokumenty celem wykazania swoich racji. Podkreślić należy, że istnieje uprawnienie, a nawet obowiązek Zamawiającego sanacji dokonanych czynności w sytuacji, gdy poweźmie on informację o jej nieprawidłowości, co zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO m. in. w orzeczeniu 1939/10 z 23 września 2010 r.: „W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o H. uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. (...) W przeciwnym razie mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy pzp”. Tak także KIO w orzeczeniu KIO 2037/12; KIO 2047/12: „Zamawiający jest uprawniony

do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. (...) Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy.". Zamawiający nie dokonał jednak unieważnienia dokonanej przez siebie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., mimo powzięcia informacji o podstawie do podjęcia takiej decyzji.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - PRO-ECO sp. z o.o. z siedzibą Gdyni. Wniósł o:

1. Odrzucenie odwołania z uwagi na nieprzekazanie kopii odwołania wraz z załącznikami stanowiącymi merytoryczną część odwołania, podnosząc dodatkowo, iż powyższe uniemożliwiło pozostałym Wykonawcom zapoznanie się z treścią całego odwołania, a tym samym, nie mieli oni możliwości pełnej oceny merytorycznej.
2. W przypadku gdyby Izba nie uwzględniła powyższego wniosku, a tym samym uznała, iż przedmiotowe odwołanie nie zawiera braków formalnych, wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadniając stanowisko przystępujący wskazał, co następuje.

Pismem z 25 lutego 2020 roku zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. W piśmie podniósł, iż „zgodnie z art. 8 ustawy PZP postępowanie jest jawne, a utajnieniu nie podlegają wymienione w formularzu ofertowym informacje dot. producentów i modeli modułów i falowników oraz załączone do oferty karty katalogowe oraz certyfikaty modułów fotowoltaicznych i inwerterów oferowanych przez poszczególnych Wykonawców, gdyż uniemożliwiłoby to weryfikację zgodności ofert poszczególnych Wykonawców z SIWZ przez pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, co jest sprzeczne z ustawą PZP”

Zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2020 roku udostępnił wnioskowaną dokumentację z wyłączeniem dokumentów, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nazwy urządzeń, tj. karty katalogowe, certyfikaty oraz pozostałe dokumenty techniczne załączone na ewentualne wezwanie Zamawiającego nie mogą być przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem skutkowałoby to brakiem możliwości udostępnienia tych nazw innym Wykonawcom. Co więcej, nazwa urządzenia, jak również karty katalogowe wskazują na parametry poszczególnych urządzeń, które będą weryfikowane przez Zamawiającego w trakcie oceny ofert pod względem zgodności z SIWZ.

FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. wraz z odwołaniem winna przesłać Zamawiającemu treść załączników, na które się powołuje zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy PZP.

W niniejszym stanie faktycznym złożenie niepełnej treści odwołania oznacza, że nie przekazano Zamawiającemu kopii odwołania, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy PZP.

W przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, Przystępująca wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu złożona przez Odwołującą się dokumentacja nie podlegała uzupełnieniu czy poprawieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Powyższy przepis stanowi, że Zamawiający co do zasady wzywa Wykonawców do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia złożonych oświadczeń i dokumentacji, albo do udzielenia wyjaśnień, w razie stwierdzenia braków, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożona w toku postępowania przetargowego oferta Odwołującej się, nie spełniała wymogów określonych w SIWZ, a uzupełnienie dokumentacji bądź złożenie wyjaśnień niczego by w tym przedmiocie nie zmieniło, bowiem nie jest możliwa zmiana złożonych ofert tak, aby oferowany sprzęt spełniał wymogi wskazane w SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, zachodzi wówczas gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Zgodnie ze stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie za niedopuszczalne należy uznać zachowanie Wykonawcy, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez Zamawiającego wątpliwości co do treści zgodności oferty z SIWZ, podaje nowe okoliczności uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „dostosowanie” tej oferty do stanu zgodnego z SIWZ. Jednocześnie przepisy art. 26 ust. 4 ustawy PZP i art. 87 ust. 1 ustawy PZP służyć mają wyjaśnieniu wątpliwości Zamawiającego, nie zaś uzupełnieniu ofert czy niwelowaniu skutków niedbałego bądź niejednoznacznego sformułowania treści ofert. Wyjaśnienia nie mogą nigdy prowadzić do negocjacji treści złożonej oferty.

Już tylko na marginesie wskazać należy, że Zamawiający może wielokrotnie wzywać wykonawcę do wyjaśniania treści oferty, jeżeli będzie to konieczne i nie będzie miało to

charakteru negocjacji prowadzonych z wykonawcą, ale Wykonawca nie może oczekiwać, że składając lakoniczne wyjaśnienia Zamawiającemu, ów będzie wielokrotnie wzywać go do ich składania.

Niniejsze postępowanie przetargowe prowadzone jest pod nadzorem Marszałka Województwa Łódzkiego, co tym bardziej mobilizuje Zamawiającego do ścisłego przestrzegania procedury udzielania zamówień publicznych wynikającej z ustawy PZP. Wybór przez Zamawiającego oferty niezgodnej z SIWZ, niezależnie od sprzeczności takiego działania z przepisami ustawy PZP i możliwością zaskarżenia takiego wyboru przez innych oferentów, mógłby także skutkować powstaniem po stronie Zamawiającego negatywnych konsekwencji w płaszczyźnie stosunków z podmiotem dotującym.

Przystępujący nadto wnosi o nieuwzględnienie wniosku nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyjaśniających w zakresie autentyczności oświadczeń i umocowania osób reprezentujących producenta modułów fotowoltaicznych Sunergy Hongkong Works Limited, na które powołuje się FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k", gdyż Odwołujący miał co najmniej dwukrotną możliwość potwierdzenia autentyczności przedkładanych przez nią oświadczeń, wobec czego rzeczony wniosek należy zakwalifikować jako powołany jedynie dla zwłoki, co uzasadnia jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący wskazał, że złożył standardową kartę katalogową modułu, a jednocześnie w ofercie zadeklarował zgodność wymogów z treścią siwz. W ramach prowadzonych wyjaśnień przedstawiono informację, że parametry modułu będą zgodne z wymogiem, a wyrób jest adresowany wprost do przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie kwestionował treści oświadczenia producenta, lecz sposób potwierdzenia, podpisania - w tym użyciu faksymilu. Stwierdził, że w dokumentach zachowano wymaganą formę dokumentową, w tym także w odniesieniu do karty katalogowej i brak jest w przepisach wymogu składania dokumentów i oświadczeń oryginalnie podpisanych.

Złożył dokumenty na potwierdzenie swojego stanowiska zawierające oświadczenie o parametrach oferowanego modułu, warunkach gwarancji oraz wskazanie osób uprawnionych do reprezentacji spółek producenckich oferowanego wyrobu podpisane przez uprawnionych przedstawicieli producenta.

Ponownie zauważył, iż jak wynika z decyzji o odrzuceniu oferty, zamawiający miał wątpliwości co do uprawnień osób podpisujących złożone dokumenty i w tym zakresie nie prowadził postępowania wyjaśniającego w stosunku do odwołującego.

Stwierdził, że w złożonym na rozprawie dokumencie wykazał spełnienie wymaganego parametru ramki, tj. 1000 mm, natomiast kolejne oświadczenie z odmiennymi parametrami w drugim dokumencie dotyczy grupy wyrobów.

Podtrzymał stanowisko o możliwości dokonywania zmiany danych z karty katalogowej na cele konkretnego zamówienia. Wskazał, że p. P. C. jako przedstawiciel handlowy producenta przekazywała odwołującemu niezbędne dla postępowania informacje, co wynika z treści korespondencji mailowej, gdzie m.in. wskazywała parametry modułu. Wskazał, że złożył zamawiającemu pismo 21 lutego 2020 r. z wyjaśnieniami potwierdzającymi poprawność reprezentacji przez osoby składające wcześniejsze informacje (ww.) z potwierdzeniem, że również dokumenty potwierdzone faksymilem zostały złożone i potwierdzone co do prawidłowości ich treści. Przypomniał, że informacje o parametrach nie musiały być potwierdzone w formie dokumentu pisemnego. Zauważył, że w toku postępowania przed zamawiającym, jak i odwoławczemu, potwierdził zasadność prezentowanego stanowiska. Wskazał na treść swojego pisma z dnia 21 lutego 2020 r. i załączonych do niego oświadczeń.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że miał i nadal ma uzasadnione zastrzeżenia co do treści złożonych oświadczeń na okoliczność zgodności oferowanych parametrów ze specyfikacją. Karta katalogowa złożona pierwotnie z ofertą podawała sporny wymiar w wysokości 1002 mm w miejsce wymaganego 1000. W toku postępowania wyjaśniającego wykonawca złożył wyjaśnienia z kartą również na taki wymiar z deklaracją opatrzoną faksymilem osoby o danych Y. Y. . Po kolejnym wezwaniu z 16 stycznia 2020 r. dotyczącym danych w karcie katalogowej oraz m.in. „wykazania, iż złożone dokumenty/załączniki pochodzą od osoby uprawnionej do reprezentacji producenta” wykonawca składając wyjaśnienia w dniu 17 stycznia 2020 r. przesłał upoważnienie nie dla ww. osoby, lecz dla P. C. .

Wskazał, że w dokumentach złożonych na rozprawie wskazane są parametry modułu dla przedmiotowego wymiaru wielkości 1004 mm. Zauważył, że dla tego samego modułu w kolejnym dokumencie przedstawiono inne dokumenty, w tym wymiar 1000.

Zauważył, że w formularzu ofertowym zadeklarowano moduł GPM 60M- HC 340, natomiast złożona na wezwanie kart katalogowa opisywała model HF.

Podkreśla brak dowodu co do reprezentacji producenta przez osoby podające informacje na temat parametrów oferowanych modułów. Zauważył także, że brak jest informacji o dacie powstania informacji zawartych w pismach złożonych na rozprawie, w tym rozbieżności treści deklaracji w dwóch dokumentach co do wielkości spornego parametru.

Przypomniał, że nie otrzymał wyjaśnień na swoje drugie w kolejności wezwanie co do poprawności reprezentacji osób działających w imieniu producenta.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz

stanowiska przedstawione przez strony na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp uznaje się za niezasadny. Jak wynika z jego uzasadnienia, wnioskujący nie kwestionuje zakresu treściowego kopii odwołania przedstawionej stosownie do art. 180 ust. 5 ustawy pzp zamawiającemu, lecz dokumentację ofertową zastrzeżoną jako zawierającą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie udostępnioną wykonawcy. Zatem wniosek opiera się na czynnościach lub zaniechaniach nie mających związku z przepisem art. 10 ust. 5 ustawy pzp.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania sprawy należy przypomnieć, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Niesporne jest, że chodzi tu o jeden parametr wymiarów panelu opisany w Programie funkcjonalno-użytkowym (PFU), stanowiącym Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), gdzie Zamawiający wymagał, aby maksymalne wymiary panelu wynosiły 2000 x 1000 mm (pkt. 6.2. tabela poz. 10, str. 25).

Wykonawca złożył ofertę, a następnie na wezwanie, kartę techniczną oferowanego panelu fotowoltaicznego, z której wynikało, iż oferowany panel posiada wymiary 1670 x 1002 x 35 mm, a więc nie spełnia warunków określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia tj. zamiast 1000 mm wymiar określony w karcie wynosił 1002 mm.

Zamawiający w dniu 10 stycznia 2020 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie omawianej rozbieżności w parametrach.

Wykonawca w odpowiedzi wyjaśnił, iż ma zapewnienie producenta, że na potrzeby tegoż konkretnego zamówienia, producent wykona panele o wymiarze 1670 x 1000 x 35 mm i na tę okoliczność przedstawił:

oświadczenie/informacje mające pochodzić od producenta, na której umieszczona była pieczęć / podpis z podaniem danych wystawcy „Y. Y.” wraz z tłumaczeniem, kartą katalogową modułu dedykowanego dla przetargu.

Zamawiający stwierdził, (dalej przytoczenie z decyzji o odrzuceniu oferty) „że przedstawione oświadczenia i karta wzbudziły jego uzasadnione wątpliwości, gdyż oświadczenie/informacja miały zostać sporządzone przez producenta, zaś znajdujący się pod treścią oświadczenia/informacji, a także na dosłanych warunkach do gwarancji - pieczęć /podpis (podpis na zaciemnionym tle) są identyczne, także identyczne z podpisem znajdującym się na dokumencie mając pochodzić od producenta i przesłanym Zamawiającemu 30.12.2019 r. (zdaniem Zamawiającego wskazywać to mogło, iż oryginały w/w dokumentów nie zawierają oryginalnie złożonych podpisów), na załączonej do wyjaśnień karcie katalogowej modułu dedykowanego dla przetargu naniesione zostały wymiary „1000” zamiast „1002” (o

naniesieniu świadczy okoliczność, iż przy wydruku karty nowo naniesiony wymiar „1000” nie jest zachowany, stąd Zamawiający podejrzewał o przesłaniu nie nowej karty produktu dedykowanego dla przedmiotowego przetargu, ale przerobionej pierwotnie karty).

Wobec tych wątpliwości Zamawiający w dniu 16.01.2020 r. ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie (kto i kiedy sporządził w/w oświadczenie, kartę), a także wykazania, iż złożone dokumenty (załączniki) — oświadczenia/informacja producenta pochodzą od osoby uprawnionej do reprezentacji producenta.

W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, iż w/w oświadczenie producenta i karta zostały mu przesłane przez przedstawiciela producenta. Nadto przesłał deklarację, w której wskazano, iż P. C. jest reprezentantem sprzedażowym producenta i może ona go reprezentować oraz promować markę producenta na rynku międzynarodowym.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający zważył, co następuje.

Nie może budzić wątpliwości, iż treść oferty winna odpowiadać SIWZ, a tym samym oferowany przedmiot zamówienia winien być zgodny z wymogami określonymi w SIWZ. Nie może budzić wątpliwości także okoliczność, iż Wykonawca składając pierwotną ofertę ujął w niej panele fotowoltaiczne o parametrach nieodpowiadających parametrom określonym w SIWZ.

Wykonawca w toku procedury wyjaśniającej starał się wywieść, iż parametry zostaną zachowane, czego dowodzić miało oświadczenie/informacja producenta, a także karta katalogowa modułu dedykowanego do przetargu. Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca jednakże nie wykazał, że parametry oferowanych paneli będą zgodne z SIWZ nie tylko wobec wątpliwości wskazanych wyżej (naniesione pieczęci na oświadczenia mające pochodzić od producenta, a więc nie podpisane oryginalnie przez osobę uprawnioną, nadesłana przerobiona karta produktu), ale przede wszystkim nie wykazał by nadesłane oświadczenie/informacja (o tym że producent zapewnia, że na potrzeby tegoż zamówienia panele będą mieć odpowiednie parametry zgodne z SIWZ) zostały wystawione przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu producenta. Na przesłanym oświadczeniu/informacji z dnia 14.01.2020 r. została umieszczona pieczęć z podaniem danych wystawcy „Y. Y.”, z kolei Wykonawca na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2020 r. (pkt 4 — „Wykazania, iż złożone dokumenty (załączniki) pochodzą od osoby uprawnionej do reprezentacji producenta, przesłał pismo mające być podpisane przez G. W. (Wykonawca nie wskazał, kim jest wystawca tegoż pisma, czy też jest uprawniony do działania w imieniu producenta), w którym odniósł się do uprawnień nie „Y. Y.” (dane znajdujące się pod oświadczeniem producenta, iż parametry będą zgodne z SIWZ) ale do „P. C.”, a więc osoby zupełnie innej. Z tych względów, tj. wobec tego, iż treść oferty nie odpowiada SIWZ (w zakresie parametrów paneli fotowoltaicznych — część III SIWZ — PFU pkt. 6.2. tabela poz. 10, str. 25), ofertę należało w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP odrzucić.”

Skład orzekający zauważa, że ustalenia faktyczne zamawiającego dokonane w wyniku szczegółowej analizy treści oferty i kolejnych wyjaśnień przedstawianych przez odwołującego na wezwanie zamawiającego, są co do zasady poprawne, jakkolwiek wnioski wynikające z ustaleń stały się nadmierne przez pominięcie otrzymanych przed podjęciem decyzji istotnych informacji.

Potwierdzenie złożonego przez wykonawcę zawartego w ofercie oświadczenia, iż zaproponowane urządzenia będą zgodne z wymogami SIWZ było dokonane w procedurze przyjętej w stosunku do wszystkich oferentów. Stwierdzenie różnic w parametrach z karty katalogowej, a także literowe oznaczenia typu panelu bez wątplenia uzasadniało żądanie od odwołującego złożenia wiarygodnych wyjaśnień powstałych wątpliwości. W odniesieniu do najistotniejszego elementu tj. parametru wymiaru wymaganego w wielkości 1000 mm za niesporne uznać należy, że w kolejnej karcie katalogowej przedstawionej zamawiającemu parametr ten jest zgodny z wymogiem, jakkolwiek został wpisany w miejsce uprzedniej wielkości 1002 mm. Okoliczność tę potwierdzili przedstawiciele producenta zaoferowanych modułów. Odwołujący przedłożył w wyjaśnieniach dokumenty potwierdzające uprawnienia Y. Y. jako dyrektora Sunergy Hongkong Works Limited, następnie umocowanie przez niego G. W. do reprezentacji, a w rezultacie także umocowanie P. C. będącej odpowiedzialną za kontakt z klientem, z którą Odwołująca się prowadziła bezpośrednią korespondencję oraz otrzymywała potrzebne dokumenty w tym kartę techniczną modułów. Treść tej korespondencji stanowiącej element wyjaśnień zawarto w dokumentacji postępowania.

Skład orzekający zauważa, że dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków przedmiotowych w postępowaniu postawionych w opisie przedmiotu zamówienia, mające potwierdzić zgodność z wymogami zaoferowanych elementów dostawy czy usług, nie muszą zawierać oświadczeń woli w rozumieniu prawa cywilnego, lecz mają stanowić dowód – potwierdzenie określonego stanu rzeczy. Stąd też dokumenty tego typu, w tym karty katalogowe nie wymagają szczegółowego odrębnego potwierdzenia swej treści, jakkolwiek rzeczywiście w niektórych sytuacjach, w tym mającej miejsce w niniejsze sprawie, stało się niezbędne wykazanie prawidłowości szczególnego parametru, nie występującego w standardowej ofercie producenta i standardowej karcie katalogowej.

Wyjaśnieniu tej okoliczności służyło zasadnie podjęte postępowanie zamawiającego wobec wykonawcy. Należy przy tym zauważyć, że za prawidłowość przedstawianych informacji odpowiada wykonawca, który złożył ofertę. W odróżnieniu od wymogu szczególnej formy, w jakiej składa on ofertę (por. nr art. 10a ust. 5 ustawy pzp), inne informacje stanowiące oświadczenia wiedzy, w tym stanowiące przedmiot oceny w tej sprawie, takiej formy nie wymagają. Izba przyznaje w tym miejscu rację odwołującemu o dopuszczalności uznania także jako skutecznej dokumentowej formy czynności, a zatem w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie, a dokumentem jest nośnik informacji

umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. W konsekwencji także niezasadnie kwestionowany był w ocenie składu orzekającego, dokument potwierdzony przez faksymile i możliwy do użycia w obrocie prawnym.

Analiza zamawiającego, skoro doprowadziła do powzięcia wątpliwości związanych z zakresem kompetencji i oświadczeń określonych osób potwierdzających treść składanych informacji, co wprost przełożyło się na decyzję o odrzuceniu oferty, nie skutkowała jednak wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie.

Należy docenić zasadność prowadzenia przez zamawiającego czynności wyjaśniających wobec szeregu uzasadnionych wątpliwości co do treści oferty w warstwie przedmiotowej, spowodowanych w istocie przez wykonawcę. Wykonawca jest również odpowiedzialny za niedostateczne wyjaśnienie powstałych wątpliwości co do skuteczności zaoferowania produktu o wymaganych parametrach przez nie wykazanie na etapie postępowania wyjaśniającego, iż wiarygodna jest deklaracja zgodności oferty z siwz.

Biorąc pod uwagę, że wykonawca przedstawił zamawiającemu wiarygodne wyjaśnienia w piśmie z dnia 21 lutego 2020 r., a dodatkowo potwierdził w ramach postępowania dowodowego w toku postępowania odwoławczego, skład orzekający uznał zasadność zarzutów odwołania.

Dokonane ustalenia uzasadniają konieczność przeprowadzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności wskazanych w niniejszym wyroku.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....