

Sygn. akt: KIO 1151/14

WYROK

z dnia 3 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 czerwca i 2 lipca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SOLARTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (s.r.o.) z siedzibą w Czechach, Rožnov pod Radhoštěm, Televizni 2618 i Rubicon Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Aleja Lipowa 73** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Energa Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedzibą w Straszynie, ul. Hoffmanna 5**

z udziałem **wykonawcy Global Energy Services Siemsa Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii Poligono Fatima Edificio Enekurimendi Carretera Bilbao – Asua 2** planta zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1151/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SOLARTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (s.r.o.) z siedzibą w Czechach, Rožnov pod Radhoštěm, Televizni 2618 i Rubicon Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Aleja Lipowa 73 i :**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SOLARTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (s.r.o.) z siedzibą w Czechach, Rožnov pod**

Radhoštěm, Televizni 2618 i Rubicon Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Aleja Lipowa 73 tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SOLARTEC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (s.r.o.) z siedzibą w Czechach, Rožnov pod Radhoštěm, Televizni 2618 i Rubicon Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, ul. Aleja Lipowa 73 na rzecz Energa Wytwarzanie Spółką Akcyjną z siedzibą w Straszynie, ul. Hoffmanna kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę, montaż, rozruch i serwis elektrowni fotowoltarycznej Czernikowo, złożonej z fabrycznie nowych elementów, o mocy zainstalowanej pomiędzy 3,7 a 4,0 MW wraz z infrastrukturą towarzyszącą wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2013r. za nr 2014/S 230-400009.

W dniu 27 maja 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 6 czerwca 2014r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 czerwca 2014r. udzielonego przez Dyrektora Zarządzającego lidera odwołującego, ujawnionego w Rejestrze Handlowym Sądu Okręgowego w Ostrawie w Czechach i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem. Lider działał na podstawie umowy konsorcjum z dnia 11 grudnia 2013r. i pełnomocnictwa udzielonego przez partnera z dnia 11 grudnia 2013r. podpisanego przez prezesa zarządu partnera ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 6 czerwca 2014r.

Odwołujący zamawiającemu zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2013r. poz 907 ze zm. – dalej ustawy):

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4,
- 2) art. 26 ust. 3,
- 3) art. 87 ust. 1,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2,
- 5) art. 91 ust. 1.

Wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez GLOBAL ENERGY SERVICES SIEMSA SA lub wykluczenie wykonawcy na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 3,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty i uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum Firm Solartec s.r.o. - Rubicon Energy Sp. z o.o.

W ocenie wnoszącego odwołanie na etapie oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dokonał czynności oraz zaniechań skutkujących

naruszeniem przepisów ustawy, co skutkowało wadliwym wyborem oferty najkorzystniejszej i naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy.

Zdaniem odwołującego o zasadności niniejszego odwołania świadczą poniższe okoliczności.

1. Bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów,

Naruszenie zasady niezmienności treści złożonej oferty, nie odrzucenie oferty w sytuacji, gdy jej treść nie jest zgodna z treścią siwz (art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2).

Zgodnie z punktem 10 formularza oferty zawartego w Części I SIWZ integralną częścią Oferty są załączniki. We wzorze formularza oferty zamawiający wymagał (pozycja nr 2 w tabeli), aby jednym z załączników była

„Dokumentacja techniczna przedmiotu zamówienia, zgodna z wykazem opisanym w Części III Specyfikacji, dostatecznie dokładna, aby wykazać, iż Wykonawca jest w stanie spełnić wszystkie narzucone wymagania oraz dotrzymać terminów wykonania (...)”

Wykaz o którym mowa został zawarty w Części HI SIWZ, Rozdział 1 punkt 7.2.:

„7.2. Dokumenty załączone do oferty i oferty

1. Techniczny opis wszystkich istotnych urządzeń i systemów zastosowanych do wykonania Elektrowni fotowoltaicznej, zawierający w szczególności:

- nazwę producenta,
- markę, model i typ,
- opis podstawowych parametrów technicznych,
- opis instalacji elektrycznej,
- opis ochrony przed korozją

2. Dokument zawierający symulację produkcji energii dla proponowanego w ofercie rozwiązania w pierwszym roku funkcjonowania Elektrowni fotowoltaicznej.

3. Opis dotyczący przygotowania placu budowy na potrzeby montażu Elektrowni fotowoltaicznej oraz zaplecza Wykonawcy, w szczególności informacje dotyczące niezbędnej powierzchni i jej zagospodarowania oraz mediów potrzebnych do zasilania placu budowy, urządzeń i zaplecza budowy Wykonawcy takich jak: energia elektryczna, podłączenie telefoniczne, internetowe, itp.

4. Ogólnego harmonogramu dostaw, montażu i uruchomienia poszczególnych elementów Elektrowni fotowoltaicznej licząc od dnia podpisania Umowy. Przy opracowaniu harmonogramu należy wziąć pod uwagę następujące elementy:

- Dzień zawarcia Umowy,
- Przekazanie protokolarne terenu budowy: (do 14 dni od daty zawarcia Umowy)
- Wykonanie prac związanych z Częścią B Umowy: 4 miesiące licząc od daty protokolarnego przekazania terenu budowy,
- Zakończenie prac: podpisanie Protokołu odbioru końcowego.

5. Szczegółowych warunków gwarancji wraz z wymogami jej utrzymania.

6. Propozycji planu jakości
7. Deklaracji zgodności wyrobu z wymaganiami właściwych dyrektyw Unii Europejskiej.”

Z brzmienia powyższych zapisów wynika jednoznacznie, iż częściami integralnymi oferty były:

- 1) Opis dotyczący przygotowania placu budowy na potrzeby montażu Elektrowni fotowoltaicznej oraz zaplecza Wykonawcy;
- 2) Propozycja planu jakości;
- 3) Szczegółowe warunki gwarancji wraz z wymogami jej utrzymania.

Pomimo powyższych wymagań oferta złożona przez GLOBAL ENERGY SERVICES (GES) SIEMSA SA elementów tych nie zawierała.

Zamawiający, pismem z dnia 29 kwietnia 2014, wskazując jako podstawę prawną czynności art. 26 ust. 3 ustawy, zwrócił się do GES SIEMSA SA z wezwaniem do uzupełnienia oferty w zakresie:

- a) opisu dotyczącego przygotowania placu budowy na potrzeby montażu Elektrowni fotowoltaicznej oraz zaplecza,
- b) szczegółowych warunków gwarancji wraz z wymogami jej utrzymania,
- c) propozycji planu jakości.

W odpowiedzi, w załączeniu do pisma z dnia 6 maja 2014 GES SIEMSA SA przekazał zamawiającemu brakujące dokumenty, wskazane w wezwaniu, doprowadzając tym samym do zmiany treści złożonej oferty. Po złożeniu oferty uzupełniono ofertę o elementy które winny stanowić jej integralną część. Zmiana ta została zaakceptowana przez zamawiającego, który na etapie oceny ofert nie znalazł podstaw do zastosowania art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

Jako dowody odwołujący powołał :pismo zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2014 r. (znak PV-CK/802/2014), pismo GES SIEMSA SA z 6 maja 2014 z załącznikami.

Wobec powyższego stwierdził, iż:

- 1) zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy.

W oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie dokumenty, o których stanowi art. 25 ust. 1 tej ustawy, a więc potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, lub potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi (...) wymagań określonych przez zamawiającego. Przepis ten nie odnosi się natomiast do uzupełnienia dokumentów tworzących treść oferty.¹

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy - prawo zamówień publicznych, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez

oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu (...).

Powyższe wskazuje, że obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy - odnosi się do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków „pozytywnych”, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania - niespełnianie warunków „negatywnych”, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

W art. 25 ust. 1 jest mowa o „oświadczeniach lub dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”, jakich może żądać zamawiający od wykonawców. Kategoria ta została doprecyzowana w wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym przyjąć należy, że obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - prawo zamówień publicznych dotyczy wszystkich oświadczeń lub dokumentów, które zostały wymienione wyżej wymienionym rozporządzeniu.

Dokumenty takie jak opis dotyczący przygotowania placu budowy na potrzeby montażu Elektrowni fotowoltaicznej oraz zaplecza, szczegółowe warunki gwarancji wraz z wymogami jej utrzymania czy wreszcie propozycja planu jakości nie dają się w żaden sposób sklasyfikować do grupy dokumentów wskazanych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

2) Skutkiem nieuprawnionego zastosowania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy było naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1 zdanie drugie in fine poprzez dokonanie istotnej zmiany w treści złożonej oferty.

3) Treść oferty złożonej przez GES SIEMSA SA nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i z tej przyczyny oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

O istotnej treści oferty można mówić w znaczeniu essentialia negotii umowy zawartej w wyniku wyboru oferty wykonawcy - w odniesieniu do postanowień, którym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nadał taką rangę. Niezgodność treści oferty zachodzi wówczas, gdy zaoferowane świadczenie nie odpowiada dokładnie merytorycznym wymaganiom zamawiającego, zawartym w opisie przedmiotu zamówienia. Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegółowiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w

znaczeniu materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. Po stronie wykonawców istnieje natomiast obowiązek złożenia oferty uwzględniającej wszystkie wymagane informacje.

W ocenie wnoszącego odwołanie treść dokumentów przekazanych przez GES SIEMSA SA wskazuje, iż - szczególnie przy uwzględnieniu zapisów SIWZ - stanowiły one istotny merytorycznie fragment oferty, co przesądza o niemożności dokonywania zmian.

Wykonawca który jest podmiotem profesjonalnym, i niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia, powinien dążyć do tego by jego oferta odpowiadała wszystkim wymogom wskazanym w SIWZ. Potwierdzeniem takiego stanowiska jest w szczególności przepis art. 355 k.c. w brzmieniu "należyta staranność (...) w zakresie (...) prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności."

W związku z powyższym każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do zachowania podwyższonej staranności. W przedmiotowej sprawie nie można uznać, że GES SIEMA SA zachował w tym przypadku wskazaną podwyższoną staranność, ponieważ do przedstawionej przez siebie oferty załączył dokumenty nieodpowiadające wymaganiom SIWZ.

Popołnione uchybienie nie należy do kategorii omyłek, które mogłyby zostać poprawione przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Nie wykluczenie oferenta z udziału w postępowaniu pomimo złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania lub - ewentualnie - nie odrzucenie oferty pomimo iż jej treść nie jest zgodna z treścią siwz w zakresie wymagań dotyczących sposobu wykonania zamówienia (art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2)

W Części I SIWZ w punkcie III („opis przedmiotu zamówienia”) podpunkt g zawarto zapis:

„Elektrownia fotowoltaiczna Czernikowo jest elementem projektu o nazwie „Smart Toruń - pilotażowe wdrożenie Inteligentnej Sieci Energetycznej przez Grupę Kapitałową ENERGA ”, który znalazł się na liście rankingowej przedsięwzięć zakwalifikowanych do dofinansowania ze środków NFOŚiGW w ramach I konkursu programu priorytetowego „Inteligentne Sieci Energetyczne (ISE) ”.

Zamawiający informuje, że wykonawca będzie zobowiązany podczas trwania realizacji do przedkładania dokumentów dotyczących między innymi prac i testów, we wskazanej przez zamawiającego formie, wymaganej przez NFOŚiGW.

Wykonawca jest również zobowiązany do wykorzystania rozwiązań, które będą gwarantować uzyskanie efektu ekologicznego określonego na poziomie nie mniejszym niż 2954,80 Mg CO/rok w pierwszym roku funkcjonowania instalacji. Efekt ekologiczny obliczany jest w następujący sposób:

Wartość unikniętych emisji CO₂ [Mg CO/rok] = Produkcja energii elektrycznej [MWh/rok] 0,89 [Mg CO/MWh], ”

Na szczególną uwagę zasługuje w powyższym fragmencie informacja o ciążyącym na wykonawcy obowiązku zagwarantowania uzyskania efektu ekologicznego.

Analiza optymalnego rozłożenia paneli na elektrowni fotowoltaicznej zaprojektowanej przez GES SIEMSA SA i opisaney w złożonej ofercie pozwala na stwierdzenie, iż:

1) GES SIEMSA SA przyjął moc całkowitą elektrowni równą 3,7699 MWp, do wykonania zamówienia zostanie wykorzystanych 15708 sztuk paneli o mocy 240 Wp każdy.

2) Panele zostały zaprojektowane w dwóch rzędach nad sobą mocowane pionowo (na wysokość) i przymocowane do konstrukcji o nachyleniu 25 stopni. W rysunku dołączonym do pisma zawierającego wyjaśnienia GES z dnia 9.05.2014 r. pokazane jest planowane rozłożenie paneli przy wyżej wymienionej konfiguracji.

3) GES SIEMSA SA planuje lukę pomiędzy rzędami paneli o szerokości 1,97 m. Dla optymalnej pracy systemu w ciągu całego roku potrzebna jest luka o szerokości 5,95 m. Luka o szerokości 1,97 m, przy uwzględnieniu kąta nachylenia paneli i faktu, iż część powierzchni panelu będzie zacieniona przez panel zamontowany przed nim praktycznie wyklucza produkcję prądu w okresie od 1 listopada do 1 marca każdego roku, co daje stratę w wysokości 12,81% produkcji energii elektrycznej, co wynika z kąta padania promieni słonecznych w tym okresie w tej szerokości geograficznej (z czym wiąże się większe zacienienie niż w pozostałym okresie roku).

4) W ofercie wskazano, iż w przypadku systemu fotowoltaicznego w Czernikowie o mocy 3769920 Wp uzyskane zostanie rocznie około 3548 MWh rocznie energii elektrycznej. W ocenie wnoszącego odwołania uzysk systemu zaprojektowany przez GES SIEMSA SA z powodu wzmiankowanego zacienienia paneli przy identycznej mocy znacznie mniejszy (będzie się wahał w okolicach 3283 MWh rocznie).

5) Dodatkowo rzędy paneli oddalone od siebie tylko o 1,97 m utrudniają eksploatację elektrowni fotowoltaicznej (utrudniony dostęp do urządzeń, koszenie trawy nie jest wykonalne większymi maszynami). Panele zamontowane pionowo (na wysokość) w ogóle nie powinny się stosować w strefach zagrożonych opadami śniegu. Panel częściowo zacieniony po krótszej stronie śniegiem praktycznie jest wykluczony z produkcji z powodu lokalizacji diod odłączających przy krótszej krawędzi panelu.

Sposób montażu paneli i ich rozstawienia proponowany przez GES SIEMSA SA świadczy o braku wiedzy praktycznej przy projektowaniu elektrowni fotowoltaicznych w szerokości geograficznej odpowiadającej lokalizacji inwestycji, w szczególności braku wiedzy w zakresie warunków technicznych w miejscu instalacji fotowoltaicznej i uwarunkowaniach technicznych przy podłączaniu źródeł wytwórczych w Polsce.

Tym samym, w ocenie wnoszącego odwołanie, w ofercie złożonej przez GES SIEMSA SA zawarte zostały nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania (podana informacja, niezgodnie ze stanem faktycznym potwierdzała iż zastosowane rozwiązanie gwarantuje uzyskanie wymaganego przez Zamawiającego efektu ekologicznego).

Uzyskanie określonego efektu ekologicznego stanowi istotny wymóg dotyczący sposobu realizacji zamówienia - szczególnie przy uwzględnieniu sposobu finansowania inwestycji (dofinansowanie ze środków NFOŚiGW).

Zamawiający winien kwestię tę wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i zastosować wobec GES SIEMSA SA sankcje przewidziane w art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy bądź - w przypadku ustalenia, iż przesłanka wskazana w art. 24 ust. 2 pkt 3 nie zachodzi - odrzucenia złożonej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ocenie odwołującego wykonawca GES SIEMSA SA został potraktowany w sposób preferencyjny, w szczególności poprzez umożliwienie mu istotnych zmian treści już złożonej oferty i nie zrealizowanie ustawowego obowiązku odrzucenia oferty w sytuacji wskazanej w ustawie. Umożliwiło to uznanie przez Zamawiającego oferty złożonej przez GES SEEMSA SA za najkorzystniejszą.

W dniu 9 czerwca 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 czerwca 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego drogą elektroniczną zgłosił swój udział wykonawca Global Energy Services Siemsa Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii Poligono Fatima Edificio Enekurimendi Carretera Bilbao – Asua 2 planta. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż oddalenie odwołania umożliwi mu uzyskanie zamówienia, albowiem jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane podpisem cyfrowym przez pełnomocnika działającego na podstawie uchwały zarządu z dnia 9 czerwca 2014r. podjętej przez prezesa zarządu i członka zarządu ujawnionego w Rejestrze Handlowym Bizkaia, zgodnie z odpisem z tego rejestru załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 9 czerwca 2014r. faksem i drogą elektroniczną.

Na rozprawie odwołujący złożył dwa pisma procesowe uszczegóławiające jego dotychczasowe stanowisko w sprawie. Do pisma dotyczącego zarzutu technicznego odwołujący załączył roczny raport produkcji z programu SolarGISrysunek koncepcyjny z oferty przystępującego, powiększenie tego rysunku obejmujące opomiarowanie, graficzną

prezentację kąta padania promieni słonecznych i zakresu zacinienia paneli przy ich montażu równoległym pod kątem 25% i odległości pomiędzy rzędami paneli 5,95m, kartę techniczną produktu Virtus II Module, kartę techniczną SFE.MF-6-260, oświadczając na rozprawie, że stanowią one element stanowiska odwoływającego.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania. W zakresie zarzutu dotyczącego uzupełnionych dokumentów podniósł, że wszystkie uzupełnione dokumenty były już wcześniej przez przystępującego składane tj. załączone w formie graficznej str. 52 oferty, gwarancja str. 15 i 16 oferty, zaś plan jakości w ofercie wstępnej, zatem nie doszło do jakiegokolwiek uzupełnienia czy zmiany treści oferty, a dokumenty te mają jedynie charakter pomocniczy i służą potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego. W zakresie nieprawdziwych informacji podniósł, że opis techniczny sposobu montażu paneli nie może być traktowany jako informacja nieprawdziwa. Wedle wiedzy zamawiającego są różne metody optymalizacji produkcji energii, mogą być proponowane różne kąty nachylenia, zaś przedstawione wyliczenia są szczegółowe oparte o program PVSYS, który dokonuje obliczeń dla konkretnych paneli i inwerterów, a obliczenia jego cechuje duża dokładność i dlatego w ocenie zamawiającego nie ma podstaw do podważania szacunków produkcji przystępującego.

Przystępujący także złożył pismo przygotowawcze podtrzymując wniosek o oddalenie odwołania. Przeprowadził wywody dotyczące pojęcia oferty sensu stricte i oferty sensu largo w ustawie pzp oraz analizę charakteru prawnego uzupełnionych dokumentów i wskazał, że dokumenty te nie stanowiły treści oferty sensu stricte i nadawały się do uzupełnienia. Co do zarzutu nieprawdziwych informacji to wskazał, że w świetle orzecznictwa sądów powszechnych dla postawienia takiego zarzutu konieczne jest wykazanie celowego i świadomego działania po stronie wykonawcy, czego odwołujący nie udowodnił, zaś jego twierdzenia oparte są wyłącznie o oświadczenia własne. Wskazał, że różnice w produkcji energii i podawanych wyliczeń strat pomiędzy przystępującym i odwołującym rodzą pytanie o margines błędu prezentowanych wyliczeń. Przeprowadził także analizę strat energii u odwołującego, którą Izba pominęła, jak również kopie oferty odwołującego i obliczenia przystępującego w programie Helios 3D dotyczące rozmieszczenia paneli przez odwołującego, jako nie mające związku z postawionymi przez odwołującego zarzutami.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty przystępującego, pisma zamawiającego do przystępującego z dnia 29 kwietnia 2014r. odpowiedzi przystępującego z dnia 6 maja 2014r.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła:

W części III Opis przedmiotu zamówienia w pkt. 8 siwz zamawiający wskazał, że elektrownia fotowoltaiczna Czernikowo jest elementem projektu o nazwie „Smart Toruń – pilotażowe wdrożenie Inteligentnej Sieci Energetycznej przez Grupę Kapitałową Enegra”, który znalazł się na liście rankingowej przedsięwzięć zakwalifikowanych do dofinansowania ze środków NFOŚiGW w ramach I konkursu programu priorytetowego „Inteligentne Sieci Energetyczne (ISE)”. Zamawiający poinformował, że wykonawca będzie zobowiązany podczas trwania realizacji do przedkładania dokumentów dotyczących m. in. prac i testów, we wskazanej przez zamawiającego formie. Wykonawca jest również zobowiązany do wykorzystania rozwiązań, które będą gwarantować uzyskanie efektu ekologicznego określonego na poziomie nie mniejszym niż 2954,80 Mg CO₂/rok w pierwszym roku funkcjonowania instalacji. Efekt ekologiczny jest obliczany w następujący sposób:

Wartość unikniętych emisji CO₂ [Mg CO₂/rok] = Produkcja energii elektrycznej [MWh/rok] • 0,89 [Mg CO₂/MWh]

W części II Wzór umowy w pkt. 12.2. wskazano w zdaniu 2, że jednocześnie gwarancja producenta na poniżej wymienione elementy nie może być krótsza niż:

- a) Panele – minimum 10 lat,
- b) Inwertery – minimum 10 lat,
- c) Stacja transformatorowa wraz z urządzeniami – minimum 5 lat,
- d) Konstrukcje wsporcze pod panele – minimum 5 lat.

Z pkt 12.3. wynika, że wykonawca musi posiadać prawo cesji gwarancji na rzecz zamawiającego.

W części III Opis przedmiotu zamówienia pkt 10 znajduje się analogiczna treść jak w części I rozdziale III pkt 8 siwz. W części III rozdziale 1 pkt 7.2 zamawiający wymagał dokumentów załączonych do oferty w tym:

Pkt. 3 opis dotyczący przygotowania placu budowy na potrzeby montażu Elektrowni fotowoltarycznej oraz zaplecza wykonawcy, w szczególności informacje dotyczące niezbędnej powierzchni i jej zagospodarowania oraz mediów potrzebnych do zasilania placu budowy, urządzeń i zaplecza budowy wykonawcy takich jak: energia elektryczna, podłączenie telefoniczne, internetowe itp.

Pkt 5 szczegółowe warunki gwarancji wraz z wymogami jej utrzymania,

Pkt 6 propozycji planu jakości

W części III rozdziale 3 pkt 2.4.1 Plan jakości zamawiający wskazał - wykonawca sporządzi i przekaże do akceptacji zamawiającego plan jakości wykonywanych prac.

W ofercie przystępującego na str. 11 w pkt. 4.1. wykonawca wskazał: przy użyciu paneli tego typu roczna produkcja energii elektrycznej szacowana jest na 3 548 MW [MWh/rok] x 0,89 [Mg CO₂/MWh]= 3548x0,89=3 157,72>2954,80.

W pkt 5 str. 15 oferty przystępującego :

„Standardowy okres gwarancji wynosi 24 miesiące od momentu podpisania protokołu odbioru lub uruchomienia. Przed podpisaniem protokołu odbioru końcowego GES przeprowadzi 168 godzinny test wydajności elektrowni, jego pomyślne zakończenie traktuje się jako potwierdzenie zdolności elektrowni do normalnej pracy. Gwarancja GES obejmuje wszystkie elementy elektrowni i opiera się na współczynniku wydajności, wygasa w przypadku, kiedy nie autoryzowany personel lub inna firma dokonają ingerencji w konfigurację elektrowni bez zgody i bez porozumienia z GES. W takim przypadku GES poprosi klienta o zwrot udzielonej gwarancji.

Gwarancja nie obejmuje:

- o Użycia materiałów i części o specyfikacji nie zatwierdzonej przez GES
- o Nie przestrzegania instrukcji użytkowania dostarczanej przez GES,
- o Rezultatów zaburzeń w sieci dystrybucyjnej powyżej zakresów ustalonych w IRiESD
- o Zmian wynikających ze zmieniającego się prawa
- o Spadków napięcia i rezultatów zakłóceń z sieci dystrybucyjnej,
- o Przyczyn opisanych jako siła wyższa,
- o Możliwego zacinienia paneli przez zewnętrzne elementy takie jak budynki, drzewa, ogrodzenia etc. (nie dotrzymanie Współczynnika Wydajności)
- o Aktów wandalizmu.

Ze str. 20 oferty przystępującego – prognoza produkcji energii wynika produkcja energii 3548 MWh/rok.

W dniu 29 kwietnia 2014r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia:

1. Opisu dotyczącego przygotowania placu budowy na potrzeby montażu Elektrowni fotowoltarycznej oraz zaplecza,
2. Szczegółowych warunków gwarancji wraz z wymogami jej utrzymania
3. Propozycji planu jakości.

W dniu 6 maja 2014r. przystępujący przełożył:

- przygotowanie placu budowy- dwie strony przy czym strona druga jest identyczna ze str. 52 oferty przystępującego,

- szczegółowe warunki gwarancji, których treść w stosunku do opisanego wyżej pkt 5 str. 15 oferty przystępującego uzupełniona została o oświadczenie:

GES dokona cesji gwarancji udzielonej przez producentów następujących urządzeń na zamawiającego:

- a) Panele – gwarancja o długości 10 lat,
- b) Inwertery – gwarancja o długości 10 lat,
- c) Stacja transformatorowa wraz z urządzeniami – gwarancja o długości 5 lat,
- d) Konstrukcje wsporcze pod panele – gwarancja o długości 5 lat.

- wzór planu jakości

Izba postanowiła oddalić wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, wskazując przede wszystkim, że dowód ten nie stworzył udowodnienia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Przede wszystkim zarzut odwołania opiera się o założenie, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na postępowanie. Opinia biegłego zaś ma zmierzać do ustalenia, czy zostały podane dane prawidłowe w przedstawionej symulacji. Oznacza to, iż dowód w rzeczywistości nie zmierza do wykazania zarzutu, ale do sprawdzenia poprawności przyjętych danych. W związku z powyższym nie prowadzi do udowodnienia, że wykonawca w sposób świadomy i celowy oświadczył, iż roczna produkcja energii elektrycznej szacowana jest na poziomie większym niż 2954,80.

Izba z urzędu dopuściła dowody dokumentacji postępowania w postaci SIWZ po zmianach, odpowiedzi na pytania do SIWZ, oferty GES SIEMSA, wezwanie zamawiającego z 29 kwietnia 2014 r. i odpowiedzi przystępującego z 6 maja 2014 r. wraz z załącznikami.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy. W przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. W przypadku uwzględnienia odwołania - oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza i uzyskałby on zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu wykonania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy to jest zasady niezmienności treści złożonej oferty, nie odrzucenie oferty w sytuacji, gdy jej treść nie jest zgodna z treścią siwz i bezpodstawne wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Z kolei art. 87 ust. 1 ustawy z jednej strony zezwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień co do treści złożonej oferty i jednocześnie wyznacza granice takich wyjaśnień wskazując, że poza sprecyzowaniem i dopracowaniem treści ofert w dialogu konkurencyjnym i dokonywaniem poprawiania omyłek w ofertach wykonawców w trybie art. 87 ust. 2 ustawy niedopuszczalne jest wprowadzanie jakichkolwiek zmian w treści ofert. Natomiast art. 26 ust. 3 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek wyzwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie złożonych albo zawierających błędy. Z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013r. poz. 231) wynika, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego zamawiający może żądać w szczególności :

- 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;
- 2) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 3) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Z analizy wyżej wskazanych norm prawnych wynika, że ustawodawca rozróżnia treść oferty od dokumentów składanych na potwierdzenie wymagań zamawiającego stawianych dostawom, usługom czy robotom budowlanym i o ile w ofercie nie zezwala na dokonywanie zmian z wyjątkiem poprawy omyłek, o tyle co do dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań wręcz nakazuje zamawiającemu uzupełnić dokumenty żądane, o ile nie były

pierwotnie złożone. W tej sytuacji dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, co słusznie podnosili zamawiający i przystępujący rozstrzygnięcie, jaki charakter prawny mają

- opis dotyczący przygotowania placu budowy na potrzeby montażu Elektrowni fotowoltarycznej oraz zaplecza wykonawcy, w szczególności informacje dotyczące niezbędnej powierzchni i jej zagospodarowania oraz mediów potrzebnych do zasilania placu budowy, urządzeń i zaplecza budowy wykonawcy takich jak: energia elektryczna, podłączenie telefoniczne, internetowe itp.,
- szczegółowe warunki gwarancji wraz z wymogami jej utrzymania,
- propozycji planu jakości

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do dokumentu – propozycja planu jakości. W ocenie Izby dokument ten nie może być w żaden sposób uznany za treść oferty z uwagi na jego niewiążący charakter. Z samej nazwy dokumentu wynika, że jest to jedynie propozycja ze strony wykonawcy, które nie ma charakteru stanowczego i która będzie co najwyżej punktem wyjścia do opracowania planu jakości na etapie zawierania umowy, który będzie podlegał akceptacji zamawiającego. Dokument ten nie kreuje zatem żadnych praw czy obowiązków po stronie tak zamawiającego jak i wykonawcy, które można byłoby zaliczyć do elementów przedmiotowo istotnych oferty. Z opisu przedmiotu zamówienia cz. III siwz wynika, że zamawiający oczekuje, że w toku realizacji zamówienia jakość wykonania zamówienia będzie poddawana testom i kontrolowana, stąd propozycję planu jakości można uznać jedynie jako dokument poglądowy dla zamawiającego, co do tego, czy wykonawca zamierza zapewnić odpowiednią kontrolę jakości. Z tego względu dokument ten swoim charakterem odpowiada dokumentom opisanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tym samym zamawiający postąpił prawidłowo wzywając do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i nie było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ani też nie doszło do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty, skoro ten dokument takiej treści nie kreował.

Co do szczegółowych warunków gwarancji i wymogów jej utrzymania, to Izba podziela stanowisko zamawiającego, co do tego, że nie był uprawniony do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, albowiem ewentualna niezgodność w ofercie przystępującego polega wyłącznie na niezgodności, co do formy, gdyż warunki gwarancji nie zostały sporządzone jako osobny dokument, ale zostały włączone do opisu przedmiotu oferty na str. 15 i 16. Izba ustaliła, że wymagania gwarancyjne opisane na str. 15 i 16 są tymi samymi, co do treści wymaganiami gwarancyjnymi, które wykonawca wyodrębnił do osobnego dokumentu i złożył jako uzupełnienie dokumentu. Jediną nowością w stosunku do treści oferty było dodanie treści odpowiadającej pkt 12.2 i 12.3 wzoru umowy w zakresie cesji. Jednak zamawiający nie wymagał tego elementu w ramach szczegółowych warunków gwarancji, bo wiązały one i tak wykonawcę z chwilą zaakceptowania wzoru umowy, a

ponadto zamawiający oczekiwał podania warunków utrzymania gwarancji, co wykonawca zawarł już pierwotnie w ofercie na str. 16 wskazując wyraźnie jakich zdarzeń udzielana przez niego gwarancja nie obejmuje. W tej sytuacji, wprawdzie w ocenie Izby zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż wezwał dom uzupełnienia dokumentu już złożonego i co do którego nie wskazał w wezwaniu na jego wadliwość, to nie doszło do zakazanej art. 87 ust. 1 ustawy zmiany treści oferty, ani nie było podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, który nie daje zamawiającemu podstaw do odrzucenia oferty za uchybienia w jej formie.

Analogiczna sytuacja dotyczy opisu przygotowania placu budowy oraz zaplecza wykonawcy. Izba ustaliła, że na str. 52 oferty znajduje się rysunek techniczny obrazujący zaplecze planowane do zastosowania przez wykonawcę. Rysunek ten daje zamawiającemu pogląd co do wymiarów planowanego zaplecza jak i układu mediów. Niemniej jednak z literalnego brzmienia siwz wynika, że zamawiający oczekiwał opisu, a więc prezentacji pisemnej, a nie graficznej. Ponownie w wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, przystępujący nie zmienił treści swojej oferty, a jedynie opatrzył pisemnym komentarzem dane wynikające z rysunku ze str. 52 oferty. Potwierdzeniem tego, że opis dotyczy rysunku zawartego już w ofercie jest to, że do uzupełnienia przystępujący włączył ten sam rysunek. W ocenie Izby opis przygotowania placu budowy jest dokumentem pomocniczym mającym pomóc zamawiającemu w zaplanowaniu przebiegu inwestycji, a w szczególności ma służyć informacją jaką powierzchnię wykonawca potrzebuje na swoje zaplecze i jakie media są mu potrzebne. Nie jest to natomiast sposób wykonania zamówienia, ani z dokumentu tego nie wynikają wzajemne obowiązki stron. W tej sytuacji Izba uznała za dopuszczalne usunięcie wady opisu przygotowania placu budowy polegającego na złożeniu go w niewłaściwej formie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Nie dopatrzyła się także naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż oferta w swojej treści w jakikolwiek sposób nie została zmieniona. Zamawiający również w ocenie Izby nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż przepis ten dotyczy wyłącznie braku odpowiadania przez treść oferty treści siwz, a w tym przypadku ten brak odpowiedniości dotyczył jedynie formy oraz dokumentu o charakterze pomocniczym, który mógł podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Reasumując Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, które miałyby lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta przystępującego mimo uchybień formalnych i drobnych uzupełnialnych braków spełniała wymagania zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez nie wykluczenie oferenta z udziału w postępowania pomimo

złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania lub - ewentualnie - nie odrzucenie oferty pomimo iż jej treść nie jest zgodna z treścią siwz w zakresie wymagań dotyczących sposobu wykonania zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający wyklucza wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Swoje stanowisko w tym zakresie odwołujący oparł o przekonanie, że panele o niższej sprawności rozmieszczone gęściej muszą generować większe straty wydajności z uwagi na zacienienie. Odwołujący podnosząc swoje twierdzenia opierał się na wyliczeniach programu SolarGis, które załączył do pisma przygotowawczego, uznając je za swoje stanowisko w sprawie. Jednak jak słusznie zauważyli zamawiający i przystępujący dane z tego programu nie potwierdzają, że wyliczenia były oparte o zastosowany przez przystępującego konkretny model panelu i inwertera. Sam odwołujący przyznał w toku rozprawy, że nie znając danych wyjściowych zastosowanych przez przystępującego w programie PV-SYS nie jest w stanie zweryfikować prawidłowości obliczeń. Wprawdzie odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego o specjalności w zakresie elektrowni fotowoltaicznych, na okoliczność prawidłowości obliczeń zaprezentowanych w ofercie przystępującego, jednak innych wniosków dowodowych nie składał. Izba oddaliła powyższy wniosek, gdyż zarzutem podstawowym stawianym przez odwołującego jest nie dostrzeżenie przez zamawiającego złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji w ofercie. Czyli zarzut, że przystępujący przedstawił w swojej ofercie dane nieprawdziwe, a zamawiający tego nie wykrył. Jednak odwołujący nawet nie dążył do zgromadzenia materiału dowodowego, który pozwoliłby na dokonanie jego oceny pod kątem posiadanych wiadomości specjalnych przez biegłego. Również biegły nie uzyskałby wiedzy poza tą wynikającą z oferty, jakie dane przystępujący do programu wprowadził. Co więcej prezentowane stanowisko odwołującego odnosi się do bliżej nieskonkretyzowanego typu i modelu panelu i inwektora, a więc nie odnosi się wprost do przedmiotu oferty przystępującego. Przystępujący nie negował faktu, że zaprojektował panele o sprawności 14,8%, kąt nachylenia paneli 25% i przerwę między rzędami paneli ok. 2m, jednak podnosił, że również odwołujący nie zaprojektował swojego rozwiązania zgodnie z twierdzeniami z pisma przygotowawczego złożonego na rozprawie i w jego przypadku kąt nachylenia paneli to 25%, a nie 38%, jak wskazuje odwołujący w piśmie jako optymalny i przerwa to około 3m, a nie 5,95m. Z zastrzeżenia w tłumaczeniu wydruku programu SolarGIS wynika, że firma nie gwarantuje dokładności oczekiwań z uwagi na niepewność danych i kalkulacji. Z powyższych okoliczności w ocenie Izby wynika, że twierdzenia odwołującego, co do wielkości strat z tytułu zacienienia zawarte w odwołaniu są niewiarygodne, a nadto z żadnego ze złożonych dokumentów nie wynika, że twierdzenia te

odnoszą się wprost do paneli o sprawności 14,8%. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, że dane zawarte w ofercie przystępującego są danymi nieprawdziwymi złożonymi celowo by u zamawiającego wywołać błędne wrażenie, że oferta przystępującego odpowiada treści siwz. Z wyliczeń z programu PV-SYS przedstawionych przez przystępującego dla konkretnego zastosowanego przez niego modelu panelu i inwektora, czy kącie nachylenia 25 % wynika, że straty z tytułu zacielenie wystąpią i będą wynosić około 10%, że będą też inne straty, ale że wydajność roczna tj. minimalna produkcja energii roczna $(3\ 548) \times 0.89$ będzie wyższa od wymaganego przez zamawiającego efektu ekologicznego na poziomie nie niższym niż 2954,80. Jedynie wykazanie, że przystępujący wprowadził do programu nieprawdziwe dane mogłoby prowadzić do przyjęcia, że rzeczywisty efekt ekologiczny elektrowni przystępującego jest niezgodny z treścią siwz. Stąd zarzut ewentualny naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy również nie mógł się ostać. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy ani art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego wpisu oraz zobowiązując, go do zwrotu zamawiającemu kosztów postępowania z tytułu zastępstwa prawnego przez pełnomocnika w wysokości wynikającej ze złożonego przez zamawiającego rachunku.

Przewodniczący: