

Sygn. akt KIO-2599/19

Sygn. akt KIO-2601/19

Sygn. akt KIO-2623/19

Sygn. akt KIO-2629/19

Sygn. akt KIO-2631/19

## **WYROK**

z dnia 29 stycznia 2020r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Katarzyna Brzeska

Emilia Garbala

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniach 14, 16, 20, 23 i 24 stycznia 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019r.

**przez odwołujących:**

1. Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa o sygn. akt KIO 2599/19,

2. ML SYSTEM S.A. Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie o sygn. akt 2601/19,

3. Hymon Energy Sp. z o.o. ul. Dojazd 16A, 33-100 Tarnów o sygn. akt KIO 2623/19,

4. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska o sygn. akt KIO 2629/19,

5. Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa o sygn. akt KIO 2631/19

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Stowarzyszenie Zielony Pierścień Tarnowa, Skrzyszów 335A, 33-156 Skrzyszów (zamawiający wyznaczony na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - Gmina Gromnik w oparciu o art. 15 ust. 2-4 powierzyła prowadzenie postępowania Stowarzyszeniu Zielony Pierścień Tarnowa, 33-156 Skrzyszów 335A) działający w imieniu i na rzecz:

- 1) Gmina Skrzyszów z siedzibą 33-156 Skrzyszów 642, NIP: 9930340717, REGON:851660861,
- 2) Gmina Lisia Góra z siedzibą 33-140 Lisia Góra, ul. 1 Maja 7, NIP 9930658661 REGON: 851660944,
- 3) Gmina Żabno z siedzibą 33-240 Żabno, ul. Władysława Jagiełły 1, NIP: 9930370109, REGON:851661174,
- 4) Gmina Tarnów z siedzibą 33-100 Tarnów, ul. Krakowska 19, NIP:8731550848, REGON:851661004,
- 5) Gmina Wierzchosławice z siedzibą 33-122 Wierzchosławice, Wierzchosławice 550, NIP:8731111741, REGON: 851660996,
- 6) Gmina Zakliczyn z siedzibą 32-840 Zakliczyn, ul. Rynek 32 Zakliczyn, NIP: 8691013238, REGON: 851660967,
- 7) Gmina Ryglice z siedzibą 33-160 Ryglice, ul. Rynek 9, NIP: 9930337247, REGON: 851660909,
- 8) Gmina Ciężkowice z siedzibą 33-190 Ciężkowice, ul. Tysiąclecia 19, NIP: 8731014848, REGON 851661151,
- 9) Gmina Tuchów z siedzibą 33-170 Tuchów, ul. Rynek 1, NIP: 9930336443, REGON: 851661168,
- 10) Gmina Gromnik z siedzibą 33-180 Gromnik, ul. Witosa 2, NIP: 8732614007, REGON: 851660950,
- 11) Gmina Niepołomice z siedzibą 32-005 Niepołomice, Plac Zwycięstwa 13, NIP: 6831395375, REGON: 351555370,
- 12) Gmina Wieliczka z siedzibą 32-020 Wieliczka, ul. Powstania Warszawskiego 1, NIP: 6830011450, REGON: 351555364,
- 13) Gmina Myślenice z siedzibą 32-400 Myślenice, ul. Rynek 8/9, NIP: 6811004414, REGON; 351555418,
- 14) Gmina Gdów z siedzibą 32-420 Gdów, Rynek 40, NIP: 6831006563, REGON: 351555996
- 15) Gmina Biskupice z siedzibą 32-020 Wieliczka, Tomaszkowice 455, NIP: 6831573055, REGON: 351556010,

- 16) Gmina Kłaj z siedzibą 32-015 Kłaj, Kłaj 655, nip: 6831511752, regon: 351555980,
- 17) Gmina Jodłownik z siedzibą 34-620 Jodłownik, Jodłownik 198, NIP: 7371007419, REGON: 491892239,
- 18) Gmina Rabka-Zdrój z siedzibą 34-700 Rabka-Zdrój, ul. Parkowa 2, NIP: 7351006084, REGON:491893090,
- 19) Gmina Gołcza z siedzibą 32-075 Gołcza, Gołcza 80, NIP: 6820004721, REGON: 351555921,
- 20) Gmina Bukowno z siedzibą 32-332 Bukowno, ul. Kolejowa 16, nip: 6371998065, REGON: 276257481,
- 21) Gmina Klucze z siedzibą 32-310 Klucze, uf. Partyzantów 1, NIP: 6371998059, REGON: 276257972,
- 22) Gmina Krzeszowice z siedzibą 32-065 Krzeszowice, ul Grunwaldzka 4, NIP: 5130233774, REGON: 351555750,
- 23) Gmina Olkusz z siedzibą 32-300 Olkusz, ul. Rynek 1, NIP: 6371998042, REGON: 276258010,
- 24) Gmina Wolbrom z siedzibą 32-340 Wolbrom, ul. Krakowska 1, NIP: 6372003423, REGON: 276258055,
- 25) Gmina Trzyciąż z siedzibą 32-353 Trzyciąż, Trzyciąż 99, NIP: 6372024112, REGON: 351556270,
- 26) Gmina Charsznica z siedzibą 32-250 Charsznica, ul. Kolejowa 20, NIP: 6591153915, REGON: 291010027,
- 27) Gmina Miechów z siedzibą 32-200 Miechów, ul. Henryka Sienkiewicza 25, NIP: 6590003697, REGON: 291009828,
- 28) Gmina Słaboszów z siedzibą 32-218 Słaboszów, Słaboszów 57, NIP: 6591222510, REGON: 291010671,
- 29) Gmina Raclawice z siedzibą 32-222 Raclawice, Raclawice 15, NIP: 6591184436, REGON: 291010613,
- 30) Gmina Kozłów z siedzibą 32-241 Kozłów, Kozłów 60, NIP: 6591174001, REGON: 291010122,
- 31) Gmina Książ Wielki z siedzibą 32-210 Książ Wielki, ul. Warszawska 17, NIP: 6591186961, REGON: 291010151.

przy udziale:

- A. przystępującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2631/19 po stronie odwołującego,
- B. przystępującego Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2599/19, KIO 2629/19 po stronie zamawiającego, KIO 2601/19, KIO 2623/19 po stronie odwołującego,
- C. przystępującego ML SYSTEM S.A. Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2623/19 po stronie odwołującego, KIO 2629/19 po stronie zamawiającego,
- D. przystępującego Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2629/19 po stronie zamawiającego, KIO 2631/19 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

- 1) Uwzględnia w całości odwołanie Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa o sygn. akt KIO 2599/19.
- 2) Uwzględnia odwołanie ML SYSTEM S.A. Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie o sygn. akt 2601/19 w zakresie zarzutów dotyczących oferty Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp.k. ul. Gościńiec 176, 93-646 Łódź w zakresie punktacji przyznanej w kryteriach oceny ofert, zaoferowania nieistniejącego falownika SofarSolar 2000 TL oraz przekroczenia wymogu ograniczenia do 110% ceny instalacji na gruncie. Oddala odwołanie w zakresie pozostałego zarzutu dotyczącego oferty Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp.k. ul. Gościńiec 176, 93-646 Łódź. Oddala w całości odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących Hymon Energy Sp. z o.o. ul. Dojazd 16A, 33-100 Tarnów.
- 3) Uwzględnia odwołanie Hymon Energy Sp. z o.o. ul. Dojazd 16A, 33-100 Tarnów o sygn. akt KIO 2623/19 w zakresie oferty Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp.k. ul. Gościńiec 176, 93-646 Łódź w zakresie zarzutu dotyczącego wskazania nieistniejącego falownika Sofar Solar 2000TL i oddala w pozostałym zakresie.
- 4) Oddala w całości odwołanie FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska o sygn. akt KIO 2629/19.

- 5.1) Uwzględnia odwołanie Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa o sygn. akt KIO 2631/19 w częściach A poszczególnych subregionów w zakresie zarzutów dotyczących ofert:
- a) Hymon Energy Sp. z o.o. ul. Dojazd 16A, 33-100 Tarnów w zakresie mocy inwerterów (falowników), w pozostałym zakresie zarzuty oddała,
  - b) ML SYSTEM S.A. Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie w całości,
  - c) JSB Construction PPHU J. S. ul. Potokowa 12a/1, 80-297 Banino w całości,
  - d) Pro-Eco Sp. z o.o. al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia w zakresie mocy inwerterów (falowników), w pozostałym zakresie zarzuty oddała,
  - e) Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice w całości,
  - f) FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, w pozostałym zakresie zarzut oddała,
- 5.2) oddała odwołanie Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa o sygn. akt KIO 2631/19 w części A poszczególnych subregionów w zakresie zarzutów dotyczących oferty Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp.k. ul. Gościńiec 176, 93-646 Łódź,
- 5.3) oddała odwołanie Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa o sygn. akt KIO 2631/19 w części B poszczególnych subregionów,
- 5.4) umarza postępowania odwoławcze z odwołania Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa o sygn. akt KIO 2631/19 z powodu wycofania zarzutów wobec: Hymon Energy Sp. z o.o. ul. Dojazd 16A, 33-100 Tarnów w zakresie płytek, FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska w zakresie niezłożenia formularza cenowego w części A w subregionie Miechowskim, Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp.k. ul. Gościńiec 176, 93-646 Łódź w zakresie płytek i wymiaru panelu, Pro-Eco Sp. z o.o. al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia w zakresie płytek, Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice w zakresie niezłączenia formularza cenowego.
- 6) W wyniku rozpoznania ww. odwołań, Izba nakazuje zamawiającemu w kwestionowanych w odwołaniach częściach i subregionach:
- 6.1. W stosunku do oferty Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp.k. ul. Gościńiec 176, 93-646 Łódź – odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu zaoferowania nieistniejącego falownika SofarSolar 2000 TL oraz z powodu przekroczenia wymogu ograniczenia do 110% ceny instalacji na gruncie w części A w subregionie Tarnowskim,

- 6.2. W stosunku do oferty Hymon Energy Sp. z o.o. ul. Dojazd 16A, 33-100 Tarnów – wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu siwz, aby moc ta wynosiła max. 17,5 kW,
  - 6.3. ML SYSTEM S.A. Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie - wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu siwz, aby moc ta wynosiła max. 17,5 kW,
  - 6.4. Pro-Eco Sp. z o.o. al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia - wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu siwz, aby moc ta wynosiła max. 17,5 kW,
  - 6.5. Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice - wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu siwz, aby moc ta wynosiła max. 17,5 kW,
  - 6.6. JSB Construction PPHU J. S. ul. Potokowa 12a/1, 80-297 Banino – odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp z powodu odmowy wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
  - 6.7. Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa – wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, jaką klasę energetyczną posiada oferowany zasobnik, skoro jego straty postojowe są na poziomie 110W. W przypadku złożenia przez wykonawcę Sanito wyjaśnień wskazujących na zmianę poziomu strat postojowych zasobnika - wezwanie wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia karty technicznej potwierdzającej zarówno klasę energetyczną A zasobnika, jak i pozostałe jego parametry pozwalające na uzyskanie takiej klasy energetycznej.
  - 6.8. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska – odtajnienie formularza ofertowego tego wykonawcy w pkt 6.
7. Kosztami obciąża w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt 2599/19 zamawiającego, i:
    - 7.1. zalicza w poczet kosztów kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
    - 7.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

8. Kosztami obciąża w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt 2601/19 zamawiającego, i:
- 8.1. zalicza w poczet kosztów kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
  - 8.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego ML SYSTEM S.A., kwotę 24 814 zł 88 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt osiem groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.
9. Kosztami obciąża w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt 2623/19 zamawiającego, i:
- 9.1. zalicza w poczet kosztów kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
  - 9.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Hymon Energy Sp. z o.o., kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
10. Kosztami obciąża w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt 2629/19 odwołującego, i:
- 10.1. zalicza w poczet kosztów kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
  - 10.2. zasądza od odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. na rzecz zamawiającego, kwotę 4 232 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści dwa złotych dwadzieścia groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.
11. Kosztami obciąża w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt 2631/19 zamawiającego, i:
- 11.1. zalicza w poczet kosztów kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
  - 11.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Sanito Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

.....

.....



## Uzasadnienie

### Sygn. akt KIO 2599/19 Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k.

#### Odwołanie Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60, 42-200 Częstochowa zwana dalej też „Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. z s. w Częstochowie” lub „Eco-Team”

Zamówienie publiczne: Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI" z podziałem na części w ramach Subregionów.

Znak postępowania: SZPT-02/07/2019

Ogłoszenie w Dz. Urz. UE z dnia 6 sierpnia 2019 roku, nr 2019/S 150-368527

Odwołanie z dn. 23 grudnia 2019r.

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt. 1) w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2019 roku poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” niniejszym wniesiono odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej w zakresie kolektorów słonecznych część B: - subregion tarnowski, wielicki i olkuski.

zwanego dalej "postępowaniem" polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 476 zwana dalej też „Sanito sp. z o.o. z s. w Warszawie” lub też „Sanito”, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie parametrów technicznych produktów, które były wymagane w opisie przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego.
2. zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Sanito z postępowania z powodu celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego polegającego na wskazaniu w dokumentach składanych Zamawiającemu, w tym w złożonych dokumentach mających potwierdzać parametry produktów, że oferowany zasobnik mieści się w klasie energetycznej A, mimo iż tak nie jest, a w konsekwencji podaniu nieprawdziwych informacji w odniesieniu do zaoferowanego zasobnika.
3. w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Sanito niezgodnie z przepisami ustawy i zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. mimo, że jest to oferta spełniająca wszystkie

wymagania Zamawiającego, najkorzystniejsza w zakresie kryteriów oceny ofert określonych w postępowaniu.

Czynnościom Zamawiającego zarzucono:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sanito, mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jako parametry minimalne,
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, mimo iż w ocenie odwołującego Wykonawca wskazał w swojej ofercie produkty nieistniejące - zaoferowany zasobnik mając na uwadze jego parametry techniczne nie może być zasobnikiem o klasie energetycznej A. Powyższe miało istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ w oparciu o nie Zamawiający uznał, iż Oferta Sanito spełnia wymagania i na tej podstawie została uznana za najkorzystniejszą,
3. w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty, która powinna być odrzucona z uwagi na niespełnianie parametrów, a nadto wykonawca powinien być wykluczony z postępowania i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego mimo, iż oferta tego wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu,
4. w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez nieuprawnione pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, którego oferta nie spełniała wymagań postawionych w SIWZ i w opisie przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty Wykonawcy Sanito z uwagi na niespełnienie parametrów przez zaoferowane produkty, a także wykluczenie tego wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą wobec ziszczenia się przesłanki wykluczenia, wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy,

a następnie:

2. wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Eco-Team,
3. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego i przesłuchania biegłego na okoliczność, że zaoferowany zasobnik nie posiada klasy energetycznej A (fakt, iż zasobnik nie posiada klasy energetycznej A, bowiem zestawienie całości parametrów wskazanych w karcie katalogowej powoduje niemożliwość osiągnięcia wyniku dla klasy energetycznej A).

Interes odwołującego się w uzyskaniu zamówienia publicznego:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania oraz status wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Definicja Wykonawcy zawarta została w art. 2 pkt 11 ustawy. Zgodnie z nią Wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna posiadająca osobowość prawną, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca Eco-Team złożył ofertę najkorzystniejszą pod kątem kryteriów oceny ofert i spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego. Oferta wykonawcy wybranego w tym postępowaniu w zakresie wszystkich trzech Subregionów podlega odrzuceniu, a w sytuacji w której Zamawiający został w sposób celowy wprowadzony w błąd powinien być on dodatkowo wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący przedstawił następującą argumentację.

W dniu 12 grudnia 2019 roku Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu czynności wyboru oferty Wykonawcy Sanito jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie kolektorów słonecznych część B: - Subregion tarnowski, wielicki i olkuski.

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej

Zamawiający w rozdziale VI pkt. 8.4.2 siwz (specyfikacja istotnych warunków zamówienia) na potwierdzenie spełnienia warunków technicznych zobowiązał Wykonawców do przedstawienia kart technicznych zasobnika obejmującego informacje potwierdzające spełnienie parametrów zawartych w dokumentacji technicznej załącznik nr 8B SIWZ przez wykonawcę Sanito wyjaśnień wskazujących na zmianę poziomu strat postojowych zasobnika, zamawiający zobowiązany będzie wezwać wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia karty technicznej potwierdzającej zarówno klasę energetyczną A zasobnika, jak i pozostałe jego parametry pozwalające na uzyskanie takiej klasy energetycznej. Dopiero w przypadku złożenia przez wykonawcę Sanito wyjaśnień lub karty technicznej nie pozwalających na stwierdzenie, że zasobnik posiada faktycznie klasę energetyczną A zamawiający zobowiązany będzie odrzucić ofertę Sanito w kwestionowanych częściach zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp należy zwrócić uwagę, że w przepisach tych mowa jest o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, przy czym z przepisów wynika, że chodzi o takie wprowadzenie w błąd, którego celem jest

uzyskanie sytuacji korzystnej dla wykonawcy. W niniejszej sprawie zamawiający nie wymagał podawania poziomu strat postojowych zasobnika. Tym samym podanie przez wykonawcę Sanito poziomu tych strat i to w wysokości wskazującej na niespełnienie przez niego wymogu dotyczącego klasy energetycznej, nie było dla wykonawcy korzystne, gdyż doprowadziło do zakwestionowania spełniania przez niego ww. wymogu. Innymi słowy: nie doszło w tym przypadku do wprowadzenia w błąd zamawiającego w rozumieniu ww. przepisów, skoro wykonawca z własnej inicjatywy podał niewymagane dane i w dodatku w wersji dla siebie niekorzystnej. W związku z tym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący nie przesądza skąd w karcie katalogowej znalazła się informacja o klasie energetycznej A produktu, ale wadliwość tej informacji wynika z innych danych technicznych wskazanych przez producenta, podkreślić bowiem należy, że klasa energetyczna jest wartością ściśle powiązaną ze stratą postojową, a ta z kolei jest wartością wynikającą z przeliczeń matematycznych innych parametrów zasobnika.

Przy parametrach gabarytowych oraz rodzaju zastosowanej izolacji wskazanej w karcie katalogowej nie ma fizycznej, ani technicznej możliwości aby zbiornik ten osiągnął straty postojowe na poziomie pozwalającym na zakwalifikowanie go do klasy efektywności energetycznej A.

Dla dodatkowego uzasadnienia stanowiska Odwołującego należy wskazać, że zasobniki innych producentów posiadające parametry techniczne takie niemalże identyczne jak oferowany zasobnik Lemet 500 SE nigdy przez żadnego producenta nie mają zadeklarowanej klasy energetycznej A, a wynika, to z faktu, że zasobnik ten nie może posiadać wymaganej w siwz klasy z uwagi na straty postojowe.

Odwołujący przedstawił zbiorniki innych producentów (w tym miejscu należy zaznaczyć, że mówimy o typowych zbiornikach na wodę, o identycznych lub lepszych parametrach - stratach postojowych, identycznych lub nawet mniejszych garbatych co powoduje mniejsze straty).

Dowód nr 2: Karty katalogowe zasobników:

Lemet 500 SE-sig.pdf

Karta DZD.pdf

Karta Joule.pdf

Karta Winkelmann.pdf

	Pojemność	Szerokość	Wysokość	Klasa Energetyczna	Straty postojowe
Lemet500SE	469 L	700 mm	1914 mm	A	110 W
Karta DZD	469 L	700 mm	1914 mm	C	105 W
Karta Joule	500 L	700 mm	1930 mm	C	115 W
Winkelmann	469 L	700 mm	1961 mm	C	110 W

Porównując poszczególne modele z tabeli - pojemności / szerokości / wysokości / straty postojowe - należy zauważyć że są one niemalże identyczne, a tylko Sanito wskazuje na klasę energetyczną A, co z punktu widzenia technicznego i technologicznego nie może być informacją prawdziwą.

Nie jest bowiem możliwe, aby przy wskazanej przez Sanito wysokości zasobnika, jego szerokości, pojemności i rodzaju izolacji osiągnąć stratę postojową, która zgodnie z rozporządzeniem pozwoli na wskazanie, że zasobnik jest w klasie energetycznej A. Prawdziwą dla tego zasobnika jest klasa energetyczna C, tak jak we wszystkich produktach tego typu o takich samych lub minimalnie odmiennych gabarytach i technologii wykonania. Oznacza to, że faktycznie zaoferowano zasobnik o klasie energetycznej C, a zamieszczona na karcie katalogowej informacja w tym zakresie nie może być prawdziwa.

W konsekwencji oznacza to, że produkty te nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w siwz.

Linia orzecznicza w kwestii niezgodności treści oferty z treścią siwz jest ugruntowana i prowadzi do konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Sanito.

I tak Odwołujący przywołał następujące wyroki na potwierdzenie zarzutów odwołania:

Wyrok z dnia 13 marca 2018 roku KIO 377/18,

Wyrok z dnia 24 października 2008 roku KIO/UZP 1093/08,

Wyrok z dnia 19 stycznia 2017 roku KIO 22/17, z przywołaniem też w nich zawartych.

Niezależnie jednak od powyższych niezgodności i zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w przedmiotowym postępowaniu

ziściła się również przesłanka do wykluczenia wykonawcy wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Jak wynika z przytoczonych przepisów prawa dotyczących kwalifikowania w zakresie klasy energetycznej oraz parametrów technicznych zawartych w karcie katalogowej w tym w szczególności w zakresie strat postojowych, gabarytów oraz izolacji zaoferowanego zasobnika podanie w ofercie że zasobnik Lemet 500 SE jest w klasie energetycznej A, nie jest prawdziwa.

Odwołujący nie przesądza skąd w karcie katalogowej produktu pojawiła się ta informacja, ale nosi ona cechy celowego i świadomego działania zmierzającego do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia.

Przesłanka wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz ta wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy dotyczyć może zarówno winy umyślnej, jak i nieumyślnej. Podanie nieprawdziwej informacji potwierdza kwalifikowaną postać winy - tj. winę umyślną i świadomość działania Wykonawcy w celu pozostania w postępowaniu. Nie podlega badaniu przez Odwołującego obszar winy Wykonawcy w tym zakresie. Z tego też powodu nie sposób na tym etapie weryfikacji oferty i składanych przez Sanito dokumentów wnioskować, czy przedstawienie nieprawdziwych w ocenie odwołującego informacji wynikało z lekkomyślności czy niedbalstwa Wykonawcy - wobec braku weryfikacji posiadanych informacji, czy też było celowym jego działaniem. Pozostaje to jednak bez wpływu na kwalifikację przekazanej Zamawiającemu informacji jako wypełniającej przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Należy zauważyć bowiem, że działanie celowe - gdyby o takim była mowa w niniejszym postępowaniu jest kwalifikowaną formą niedbalstwa czy też lekkomyślności jako zamierzonego działania i tym bardziej powoduje spełnienie przesłanki winy o której mowa w tym artykule.

Odwołujący celem wsparcia swojego stanowiska przywołał wyroki KIO z przywołaniem wynikających z nich też i tak:

- wyrok KIO z 02.02.2018 r., KIO 113/18;

- wyrok KIO z 31.07.2018 r., KIO 1401/18;

- wyrok KIO z 27.03.2018 r. KIO 444/18;

Zatem chodzi o przedstawienie informacji (w tym także sposób ich przedstawienia), które wywołują u zamawiającego przeświadczenie o odmiennym stanie rzeczy niż występujący w rzeczywistości. Dotyczy to informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego. Ponadto, przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd musi być przez wykonawcę zawinione, przy czym posługując się za ustawodawcą terminologią właściwą prawu karnemu - chodzi o każdą postać winy, w tym winę\_\_nieumyślną. Łączne zaistnienie ww. przesłanek obliguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego przesłanki te zaistniały. Nie jest dopuszczalne stosowanie jakiegokolwiek innej sankcji (np. przyznanie wykonawcy mniejszej ilości punktów w ramach kryterium oceny ofert). ”

Mając na względzie całokształt przedstawionych wyżej okoliczności niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i konieczne. Zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 5 ustawy kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu, na dowód czego do niniejszego odwołania zostało dołączone stosowne potwierdzenie.

Odpowiedź zamawiającego z dn.7 stycznia 2020r. na odwołanie

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2020r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, złożył szereg dowodów do odpowiedzi jak i uznał przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego za nieuzasadnione, podając stosowną argumentację.

Zamawiający wskazał, że wykonawca wybrany złożył przez formularz ofertowy jak i cenowy ofertę w zakresie ogrzewacza wody zarówno 500 jak i 200-400 Serii SE (załączył do niniejszego pisma formularze) a na jego wezwanie po badaniu i ocenie ofert dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisane w siwz (specyfikacja istotnych warunków zamówienia). Dokumenty te obejmują między innymi karty techniczne producenta dla pionowego emaliowanego ogrzewacza 500 Seria SE oraz dla pionowego emaliowanego ogrzewacza 200-400 Seria SE. Jako dowody w sprawie złożył: formularz ofertowy, formularze cenowe dla subregionów: tarnowski, wielicki, olkuski w częściach B (zamówienie na instalacje solarne), z których wynika oferta na zbiorniki producenta Lemet 20.300SE, 20.400SE, 20.500 SE wszystkie klasy energetycznej A. Zamawiający złożył także pismo z dnia 12.11.2019 r. w którym na podstawie 26 ust.1 ustawy Pzp wezwał do szeregu dokumentów w tym zgodnie z Rozdz. IV pkt 2 do dokumentów z niego wynikających w tym karty technicznej kolektora i zasobnika w zakresie parametrów zawartych w Dokumentacji Technicznej zał. Nr 8B do siwz. Do odpowiedzi na odwołanie zostały załączone karty Lemet na pionowe emaliowane ogrzewacze: 500 Seria SE oraz 200-400 Seria SE każdy z nich w klasie energetycznej A.

Odpowiedź odwołującego z dn.17 stycznia 2020r. na odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 7 stycznia 2020.

Odwołujący pismem z dnia 17 stycznia 2020r udzielił odpowiedzi na odpowiedź na odwołanie w której cofnął odwołanie w zakresie żądania odrzucenia oferty Sanito sp. z o.o. w zakresie subregionu Tarnowskiego część B z uwagi na to, że w ramach tego zadania zostały zaofertowane tylko zbiorniki Lemet 300-400 Seria SE, które spełniają klasę energetyczną A. Podtrzymał w całości zarzuty dla subregionu Wielickiego i Olkuskiego w części B, ponieważ wśród oferowanych ogrzewaczy znajdują się ogrzewacze Lemet 500 Seria SE, które nie spełniają klasy energetycznej A. Podtrzymał wniosek o powołanie biegłego na okoliczność, czy pionowy emaliowany ogrzewacz wody z dwiema węzownicami Lemet 500 Seria SE posiadający straty ciepła na poziomie 110 W jest zbiornikiem w klasie energetycznej A. Do odpowiedzi na odwołanie załączył karty katalogowe producentów: Lemet, DZD, Joule i Winkelmann oraz zestawienie porównawcze zbiorników o analogicznej pojemności i analogicznych wymiarach tych producentów twierdząc, że ze względu na podobne gabaryty, pojemności, technologie ogrzewacze tychże producentów w tym Lemet mogą posiadać klasę energetyczną C a nie jak to wskazuje w karcie technicznej Lemet klasę A. Do pisma załączono kolejne dowody: rozporządzenie delegowane komisji (UE) nr 812/2013 z 18 lutego 2013r. odnoszące się do efektywności energetycznej dla podgrzewaczy wody, zbiorników ciepłej wody użytkowej i zestawów zawierających podgrzewacz wody i urządzenie słoneczne (Dz.U. L.239 z 06.09.2013 s.83), opinię techniczną stanowiącą analizę możliwości osiągnięcia strat ciepła umożliwiających nadanie zbiornikowi Lemet 20.500 SE klasy efektywności energetycznej A (opinia negatywna) oraz „Podsumowanie badań” z przebadania tożsamego zbiornika jak Lemet 20.500SE w laboratorium producenta Galmet o wspólnych cechach takich jak: deklarowana pojemność, liczba i umiejscowienia króćców, rozmiar króćców, wymiary gabarytowe/zewnętrzne i stwierdzono, że wskazany zbiornik tożsamy z wskazanym w karcie katalogowej Lemet 500 SE posiada – klasę energetyczną – C i straty ciepła – 98,33 W (przy czym zmiana deklarowanej pojemności 469L względem 410 L nie ma wpływu na wynik osiągniętej klasy energetycznej).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

### **Sygn. akt KIO 2599/19 Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k.**

Zamówienie publiczne dotyczy: Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI" z podziałem na części w ramach Subregionów.

Numer Referencyjny: SZPT/ZP-02/07/2019



Ogłoszenie w Dz. Urz. UE z dnia 6 sierpnia 2019 roku, nr 2019/S 150-368 527

Należy zaznaczyć, że odwołanie odnosi się do trzech subregionów: Tarnowskiego, Wielickiego, Olkuskiego zamówienia części B, które obejmuje wykonanie kolejno 295 sztuk, 939 sztuk, 234 sztuk kompletnych zestawów instalacji solarnych, składających się z kolektorów słonecznych, pojemnościowych podgrzewaczy wody wraz z aparaturą kontrolno-pomiarową, automatyką, sterowaniem w budynkach odbiorców indywidualnych, gospodarczych i użyteczności publicznej (Rozdz. II Opis przedmiotu zamówienia, str.6 i 7 siwz).

Zamawiający zawiadomieniem z dn. 12.12.2019r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w subregionach: Tarnowskim, Wielickim, Olkuskim, Miechowskim w częściach B wybrano oferty Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Sanito Sp. z o.o.), który przystąpił po stronie zamawiającego. Oferta odwołującego Eco –Team Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie (Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k.) złożona w subregionach: Tarnowskim, Wielickim, Olkuskim uplasowała się na drugiej pozycji (w subregionie Miechowskim odwołujący nie złożył oferty w części B). Tym samym odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp. w formie odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia z racji uplasowania jego oferty bezpośrednio po ofercie wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego.

Odwołujący w złożonym odwołaniu i korespondencji odwoławczej, jak powyżej przedstawiono, zarzuty odwołania odniósł do naruszenia szeregu przepisów ustawy Pzp to jest: art.89 ust.1pkt 2, art.24 ust.1pkt 16 i 17 oraz art.91 ust.1 i art.7 ust.1 i 3.

Zasobnik solarny miał spełniać określone wymagania opisane w siwz „lub być w klasie energetycznej A”. Z załączonej przez Sanito Sp. z o.o. karty technicznej dla zasobnika (pojemnościowe podgrzewacze wody) o pojemności 500 litrów wynika, że ma on straty postojowe na poziomie 110W, co powoduje, że niemożliwe jest, aby był w klasie energetycznej A, gdyż musi być w takim razie w klasie C. Tak twierdził odwołujący składając odwołanie i przywołując na tę okoliczność szereg dowodów, wskazanych powyżej. Przeciwnie twierdził zamawiający jak i przystępujący po jego stronie wykonawca wybrany, składając również szereg dowodów w sprawie, na okoliczność, że wpisana w karcie technicznej producenta klasa energetyczna A jest wpisana zasadnie a straty postojowe na poziomie 110 W stanowią pomyłkę w karcie technicznej.

Istotnym w sprawie jest też, że odwołujący pismem z dnia 17 stycznia 2020r udzielił odpowiedzi na odpowiedź zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 7 stycznia 2020) w

której cofnął odwołanie w zakresie żądania odrzucenia oferty Sanito Sp. z o.o. w zakresie subregionu Tarnowskiego część B z uwagi na to, że w ramach tego zadania zostały zaofertowane tylko zbiorniki Lemet 20.300-400 Seria SE, które w ocenie odwołującego spełniają klasę energetyczną A. Z uwagi na powyższe Izba w zakresie cofniętych zarzutów nie orzeka.

Natomiast odwołujący podtrzymał w całości zarzuty dla subregionu Wielickiego i Olkuskiego w części B, ponieważ wśród oferowanych ogrzewaczy znajdują się ogrzewacze Lemet 20.500 Seria SE, które w jego ocenie nie spełniają klasy energetycznej A i w tym zakresie Izba orzeka.

### **Izba ustaliła i zważyła**

#### **Sygn. akt KIO 2599/19 Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k.**

Wykonawca Sanito Sp. z o.o. złożył kartę techniczną zasobnika (producent Lemet) w której wskazał, że pojemnościowy podgrzewacz wody posiada klasę energetyczną A, a także straty postojowe na poziomie 110W.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dokumentacji zamawiającego i dowodów złożonych przez odwołującego oraz zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający w piśmie z dnia 7 stycznia 2020r. składając odpowiedź na odwołanie (wnosząc o jego oddalenie w całości) złożył szereg dowodów jak i wniósł o nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, którego domagał się odwołujący. Powyższe stanowisko popierał przystępujący po jego stronie wykonawca wybrany Sanito Sp. z o.o. również przedkładając szereg dowodów.

Zamawiający wykazał, że wykonawca Sanito Sp. z o.o. złożył formularz ofertowy jak i cenowy w zakresie ogrzewacza wody zarówno 20.500 jak i 20.200-400 Serii SE (załączył do złożonego pisma ww. formularze). Następnie na jego wezwanie po badaniu i ocenie ofert Sanito Sp. z o.o. dostarczył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisane w siwz (Rozdz. IV Warunki udziału w postępowaniu pkt 2 Dodatkowe techniczne wymagania zamawiającego, które muszą spełniać wykonawcy składający ofertę ppkt 2 kolektory słoneczne lit. c) muszą spełniać parametry zawarte w Dokumentacji Technicznej Załącznik nr 8 B do SIWZ). Dokumenty te obejmują między innymi „karty techniczne kolektora i zasobnika (zgodna z rozporządzeniem KE 811/2013) obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w Dokumentacji Technicznej, stanowiącej Załącznik nr 8 B do SIWZ” (8.4.2.Instalacje solarne lit.c, str.21 siwz). Tymi dokumentami, złożonymi w wyniku wezwania w trybie 26 ust.1 ustawy Pzp., były karty techniczne producenta Lemet dla pionowego emaliowanego

ogrzewacza 20.500 Seria SE oraz dla pionowego emaliowanego ogrzewacza 20.200-400 Seria SE. Dotyczyły one subregionów: tarnowski, wielicki, olkuski w częściach B (zamówienie na instalacje solarne) i wynikało z tych kart technicznych, że oferta Sanito Sp. z o.o. obejmuje zbiorniki producenta Lemet 20.300SE, 20.400SE, 20.500 SE wszystkie klasy energetycznej A (do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie zostały załączone karty Lemet na pionowe emaliowane ogrzewacze: 20.500 Seria SE oraz 20.200-400 Seria SE każdy z nich w klasie energetycznej A).

Jak już wyżej zaznaczono odwołujący podtrzymał w całości zarzuty dla subregionu Wielickiego i Olkuskiego w części B, ponieważ wśród oferowanych ogrzewaczy znajdują się ogrzewacze Lemet 20.500 Seria SE, które w jego ocenie nie spełniają klasy energetycznej A. Odwołujący podtrzymał także wniosek o powołanie biegłego na okoliczność, czy pionowy emaliowany ogrzewacz wody z dwiema węzownicami Lemet 20.500 Seria SE posiadający straty ciepła na poziomie 110 W jest zbiornikiem w klasie energetycznej A. Odwołujący do odpowiedzi na odpowiedź zamawiającego na odwołanie, załączył karty katalogowe producentów: Lemet, DZD, Joule i Winkelmann oraz zestawienie porównawcze zasobników tychże producentów o analogicznej pojemności i analogicznych wymiarach stwierdzając, że ze względu na podobne gabaryty, technologie ogrzewacze tychże producentów w tym Lemet mogą posiadać klasę energetyczną C a nie jak to wskazuje w karcie technicznej Lemet klasę A. Do pisma odwołującego załączono kolejne dowody: rozporządzenie delegowane komisji (UE) nr 812/2013 z 18 lutego 2013r. odnoszące się do efektywności energetycznej dla podgrzewaczy wody, zbiorników ciepłej wody użytkowej i zestawów zawierających podgrzewacz wody i urządzenie słoneczne (Dz.U. L.239 z 06.09.2013 s.83), opinię techniczną producenta Galmet stanowiącą analizę możliwości osiągnięcia strat ciepła umożliwiających nadanie zbiornikowi Lemet 20.500 SE klasy efektywności energetycznej A (opinia negatywna) oraz „Podsumowanie badań” z przebadania tożsamesgo zbiornika jak Lemet 20.500SE w laboratorium producenta Galmet o wspólnych cechach takich jak: deklarowana pojemność, liczba i umiejscowienie króćców, rozmiar króćców, wymiary gabarytowe/zewnętrzne gdzie stwierdza się, że wskazany zbiornik tożsamy z wskazanym w karcie katalogowej Lemet 500 SE posiada – klasę energetyczną – C i straty ciepła – 98,33 W (przy czym zmiana deklarowanej pojemności 469L względem 410 L nie ma wpływu na wynik osiągniętej klasy energetycznej).

Podsumowując twierdzenia odwołującego, zawarte w odwołaniu jak i w odpowiedzi na odpowiedź zamawiającego na odwołanie oraz na rozprawie, sprowadzają się do twierdzenia, że zaoferowane zbiorniki przez Sanito Sp. z o.o. producenta Lemet w częściach B subregionów: Wielickiego i Olkuskiego (wycofano zarzut do subregionu Tarnowskiego – o

czym zaznaczono powyżej) typu 20.500 Serii SE nie posiadają klasy energetycznej A tylko klasę C. Twierdzenie to odwołujący oparł o wyliczenia matematyczne wynikające z obowiązujących Tabeli w przywołanym powyżej rozporządzeniu komisji (UE) nr 812/2013 z 18 lutego 2013r. oraz badań laboratoryjnych tożsamyh zbiorników to jest o gabarytach, pojemności i technologii jak zbiornik Lemet 20.500 Serii SE, przeprowadzonych przez producenta Galmet, mając na uwadze podany parametr strat postojowych na poziomie 100W w karcie technicznej Lemet 20.500 SE.

Izba rozstrzygając podniesione zarzuty jak i żądania odwołania oraz argumentację i zawnioskowane dowody na ich okoliczność dokonała następującej oceny sprawy na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów jak i złożonych wyjaśnień.

Przystępujący, popierając stanowisko zamawiającego na rozprawie złożył szereg dowodów na okoliczność, że zaoferowany zbiornik Lemet 20.500 SE spełnia wymaganą klasę energetyczną A w tym Opinię dr inż. A. M. – na okoliczność zaoferowania zasobnika solarnego posiadającego straty postojowe kwalifikujące zasobnik do klasy energetycznej A wraz z obliczeniami wykonanymi w licencjonowanym programie - obliczenia stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (TP); dowód Obliczenia strat postojowych wykonane przez firmę Lemet – na okoliczność zaoferowania zasobnika solarnego posiadającego straty postojowe kwalifikujące zasobnik do klasy energetycznej A - dokument ten też stanowi TP. Przy czym na decyzję Izby co do odtajnienia złożonych dokumentów pełnomocnicy przystępującego wycofali dowody powołując się na zobowiązanie wobec producenta do zachowania tajemnicy z uwagi, że dowody zawierają nie tylko dane techniczne, ale również know-how, dane technologiczne.

Ostatecznie przystępujący złożył dowody: wykaz przedstawiający 4 pozycje dowodowe, załącznik nr 1 oświadczenie producenta końcowego zasobnika Lemet 500 seria SE na okoliczność zaoferowania zasobników klasy A, podpisany przez L. P. właściciel, załącznik nr 2 analiza szacunkowa strat postojowych dwuwężownicowego zasobnika ciepłej wody użytkowej firmy Lemet typu 500 seria SE, podpisana przez dr inż. A. M., data opracowania 13.01.2020 nr wew. Opracowania IS 01/01/2020 obejmujący str. 1 i 3. Dow.nr 3, tylko z informacją biograficzną autora analizy z dowodu nr 2 na okoliczność potwierdzenia fachowej specjalistycznej wiedzy. Składając powyższe dowody przystępujący zwrócił uwagę na informację karty katalogowej dot. strat postojowych, które są na poziomie 57W, a poprzednio omyłkowo w karcie katalogowej była podana wartość 110, jednocześnie zaznaczył, że cyfra 100 była podana bez jednostki miary. Przedstawiamy wyniki sumaryczne, w związku z nieprzyjęciem przez Izbę opracowania objętego TP. Podsumowując stwierdził, że podanie klasy energetycznej A w zakwestionowanej karcie katalogowej było prawidłowe, a omyłka

dot. straty postojowej. W związku z tym kwestionuje cały proces dowodowy po stronie odwołującego jako bezprzedmiotowy w związku z omyłkowym podaniem straty postojowej. Również zwrócił uwagę, że parametr strat postojowych nie był wymagany przez zamawiającego do przedstawienia w karcie technicznej zasobnika. Dyskredytując niejako dowód złożony przez odwołującego podniósł, że osoba przedstawiająca opinię dla zamawiającego jest przedstawicielem pracownikiem firmy konkurencyjnej dla firmy Lemet, czyli jest pracownikiem producenta Galmet, a odwołujący będzie korzystał z podwykonawcy Galmet, ponieważ zaoferował urządzenia tej firmy. Okoliczność bezsporna, została potwierdzona na rozprawie przez odwołującego.

Z kolei przystępujący na rozprawie wyjaśnił, że kwestionowany zasobnik Lemet 20.500 SE nie jest produkcją bieżącą, tylko pod potrzeby przedmiotowego zamówienia. Dlatego sugeruje, że w jego ocenie producent wystawiając kartę katalogową mógł się pomylić. Oświadczył również, że nie ma takiego produktu na rynku chociażby, jeśli chodzi o kwestie izolacji i zamawiający otrzyma, tak jak zaoferowaliśmy, produkt w klasie energetycznej A. Podkreśla, że nie ma zarzutu o braku podania strat ciepła w karcie katalogowej. Reasumując można było nie podawać strat ciepła, tylko podać np. inne parametry, tj. nawet tylko klasę energetyczną A, ocenianą i weryfikowaną przez zamawiającego. Oświadczył także, że w jego ocenie, karta katalogowa nie stanowi treści oferty, a zwłaszcza zawarty w niej parametr, w niniejszej sprawie, straty ciepła. Reasumując, oferta nie jest niezgodna z SIWZ i nie podano nieprawdy. Na pytanie Izby oświadcza, że firma z sektora prywatnego jest firmą doświadczoną w zbiornikach CWU od 40 lat działa na rynku. Na okoliczność omyłki, w zakresie wysokości straty postojowej w karcie katalogowej, został złożony dowód nr 1, wystawiony przez producenta firmę Lemet.

Z kolei odwołujący oświadczył, że gdyby producent Lemet miał takie badania, a do straty postojowej są wymagane, to na pewno by je przedstawił w związku z zaistniałą w karcie katalogowej omyłką. Ponadto, jak przyznał sam przystępujący, nie ma dzisiaj takiego produktu na rynku. W tym miejscu, celem przedstawienia w myśl obowiązujących przepisów rozporządzenia znaczenia karty katalogowej, przedstawiono argumentację popartą treścią rozporządzenia KEUE co do treści karty produktu i tak odwołujący argumentował. Karta ta jest regulacją ścisłą w rozporządzeniu i wskazuje, jakie informacje powinny się znajdować. Przywołuje art. 3 str. 7 rozporządzenia, później pkt 1, zał. nr 4, mówi o tym, jakie informacje mają się znaleźć w karcie produktu. Treść karty produktu, treść zał. nr 2, mówi o karcie produktu, klasa efektywności i muszą być badania na straty postojowe. Oczywiście, straty postojowe w artykułach podane i pojedynczych w literach, przywołuje art. 3 ust 1 litera c rozporządzenia, który mówi o wymogu dokumentacji technicznej sporządzonej przez producenta i przede wszystkim, że informacja jest jawna, dostępna. Oczywiście mowa o

dokumentacji technicznej zasobnika CWU. Przywołuje również w tym zakresie literę f, zał. nr 7 pkt 7 i rozporządzenie mówi o rygorze przeprowadzenia badań. Reasumując, przedstawiony dokument w postaci oświadczenia właściciela firmy Lemet, nie ma wobec postanowień rozporządzenia żadnej wartości dowodowej, więc oświadczenie, że zbiornik ma klasę A jest bez wartości. Przywołuje zał. nr 9, który mówi o sposobie procedury, o metodologii badania. Pełnomocnik wskazuje numery przepisów istotnych, co do karty: art. 3 ust 1 litera b i c; zał. 4 pkt 2 ppkt 2.1. lit a-e; zał. 5 pkt 2 lit a-g, w szczególności litera f; zał. 7 pkt 8 a i b; zał. 9. W tym zakresie posługuje się regulacją europejską, bo nie ma regulacji polskiej w takim zakresie. Wszystkich producentów zasobników obowiązują te przepisy. Wywodzi z tych dokumentów, które zostały złożone wobec oświadczeń, że ten produkt ma dopiero powstać na zamówienie, na to postępowanie, że nie przeprowadzono badań i nie ma tego produktu, dlatego jest wątpliwa wartość karty, a zwłaszcza wobec powstałej omyłki. Również podaje, że świadczy o tym, że podanie tej straty postojowej nie ma żadnej wiarygodnej wartości, bo wynika z tych danych, które udostępniono. Uważa, że nie tylko straty postojowe powinny być zmienione, żeby mieć klasę A, powinno się zmienić: grubość izolacji, pianka poliuretanowa, gabaryty.

Przystępujący odpierając zarzuty co do podstawy prawnej obowiązku przeprowadzenia badań według procedury i metodologii rozporządzenia KEUE stwierdził, że „w nim mówi się o karcie produktu a zamawiający mówi tylko o karcie technicznej. Przystępujący użył słowa karta katalogowa. Pierwotnie zamawiający dążył do uzyskania karty przewidzianej w pkt. 8.4.2. SIWZ, jako dokumentu, który jest przewidziany w rozporządzeniu 812, czyli początkowo chciał mieć dokument o nazwie karta produktu, jednak odstąpił od tych wymogów. Zwraca uwagę na ostateczną treść SIWZ oraz modyfikację z 11.09.2019r. W związku z tym odniesienie do rozporządzenia 812 zniknęło ze specyfikacji. Istotne znaczenie ma karta techniczna kolektora i zasobnika z przywołaniem zał. 8b do SIWZ. Zwraca uwagę na fakt, iż jego karta techniczna przy cyfrze 110 nie ma podanej jednostki, , a powinna być jednostka wat. Również powołuje się i nie zgodził się z twierdzeniami Odwołującego o niewiarygodności źródła (w których stwierdza się, że jest omyłka w podaniu strat postojowych w karcie katalogowej). Zwrócił uwagę, że w jego karcie nie ma parametru izolacja. Ponadto stosuje taką piankę poliuretanową, że jest odpowiednia do uzyskania klasy energetycznej A. Co do dyskwalifikacji jego analizy to przywołuje akapit ostatni na 3 str., który zawiera kwintesencję, że zasobnik odpowiada klasie energetycznej A. Zgodnie z rozporządzeniem jak wyżej”.

Izba uwzględniając powyższy stan rzeczy nie uwzględniła wniosku dowodowego odwołującego o powołanie biegłego na okoliczność, czy pionowy emaliowany ogrzewacz wody z dwiema węzownicami Lemet 20.500 Seria SE posiadający straty ciepła na poziomie

110 W jest zbiornikiem w klasie energetycznej A, uznając wniosek za bezprzedmiotowy, ponieważ oparty na omyłce Sanito Sp. z o.o. co do wysokości straty postojowej jak i nie wymagających wiadomości specjalnych przy zastosowaniu wzoru matematycznego wynikającego z rozporządzenia Komisji (UE) nr 812/2013 z 18.02.2013 r.

Izba podsumowując badanie i ocenę przedmiotowej sprawy w kontekście postawionych zarzutów odwołania przekładając to na treść sentencji orzeczenia, stwierdza jak poniżej.

(Sygn. akt KIO 2599/19 Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k.)

Odwołujący wywiódł zarzuty odwołania na podstawie złożonej na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.1 ustawy Pzp. karty technicznej zasobnika, obejmującej informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w dokumentacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 8 do siwz (8.4.2 lit. c) siwz, str.21). Argumentację na okoliczność, że oferowane przez Sanito Sp. z o.o. zasobniki nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego co do posiadania klasy energetycznej A wywiódł z informacji karty technicznej (karta katalogowa Sanito Sp. z o.o.) o wysokości straty postojowej na poziomie 110W (w karcie nie podano jednostki W). Jako dowód na to twierdzenie przedstawił wyliczenia matematyczne według rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) nr 812/2013 z dnia 18 lutego 2013r. oraz badań laboratoryjnych tożsamego zbiornika u producenta Galmet, konkurenta rynkowego Lemet i porównań zbieżnych gabarytowo, pojemnościowo i technologicznie zasobników innych producentów (DZD, Joule, Winkelmann). Z kolei wykonawca Sanito Sp. z o.o. w trakcie rozprawy przedłożył oświadczenie producenta zasobnika Lemet, w którym stwierdza właściciel firmy, że wpisanie w karcie katalogowej straty postojowej 110W było omyłką i w rzeczywistości zasobnik ma straty postojowe na poziomie 57W (Prawidłowa wartość parametru straty postojowej zasobnika LEMET 500 SERIA SE wynosi 57 W. (...) zasobnik przynależy do kategorii A, co wynika z konstrukcji i rzeczywistych własności produktu, potwierdzonych stosownymi wynikami.” Ponadto złożył dowód Analiza szacunkowa strat postojowych dwuwężownicowego zasobnika ciepłej wody użytkowej firmy LEMET typu 500 SERIA SE gdzie na str. 3 zawarto konkluzję „Z zestawienia obliczonych wyników strat postojowych (S) wyszczególnionych w tabeli 1 zgodnie z wymaganiami wynika, że spełnione są warunki przyznania klasy efektywności energetycznej A zasobnikowi Lemet typu 500 Seria SE zgodnie z rozporządzeniem Komisji (UE) Nr 812/2013 z dnia 18 lutego 2013r. (wyciąg z powyższej analizy szacunkowej dr inż. A. M. nr wewnętrzny opracowania IS 01/01/2020 z dnia 13.01.2020). Izba powyższe dowody złożone przez przystępującego Sanito uznała za miarodajne i wiarygodne, ponieważ w myśl postanowień siwz potwierdzeniem na spełnienie wymagań zawartych w dokumentacji technicznej stanowiącej za. 8 B do siwz ma być karta

techniczna przez co należy rozumieć dokument wystawiony przez producenta. Skoro producent reprezentowany przez osobę właściciela, jak oświadczył na rozprawie pełnomocnik przystępującego, a czemu nie zaprzeczył odwołujący, wskutek czego Izba uznała powyższe za bezsporne, ponieważ w pisemnym oświadczeniu stwierdza, że straty postojowe zasobnika LEMET 500 Seria SE wynosi 57 W i potwierdza, że zasobnik przynależy do kategorii A, to jest wystarczające pod względem formalnym oświadczenie na spełnienie wymagań zamawiającego. W tym stanie rzeczy dowód odwołującego w postaci wyliczenia klasy C zasobnika zamiast klasy A na podstawie straty 100 według ww. rozporządzenia KUE Nr 812/2013 z 18.02.2013r., porównywanie zasobnika Lemet 500 SE z zasobnikami DZD, Joule, Winkelmann (analiza porównawcza zbiorników o analogicznej pojemności i analogicznych wymiarach) oraz opinia techniczna Galmet (do zbiornika LEMET 20.500 SE kl. A), podsumowanie badań Głubczyce z 07.01.2020r. Galmet nieprzydatne i niewiarygodne. Przed wszystkim z powodu, że są oparte na omyłce co do strat postojowych (przyjęto 100 a nie w przedziale od 42,5 do 58,26 W) oraz innej technologii, chronionej tajemnicą przedsiębiorstwa, niż u odwołującego to jest producenta Galmet i przywołanych powyżej producentów ( DZD, Joule, Winkelmann).

Pomimo, że zamawiający nie wymagał wprowadzić podawania przez wykonawców poziomu strat postojowych zasobnika (dokumentacja techniczna stanowiąca zał. Nr 8 B do siwz) to jednak nie zwalnia go to z obowiązku badania treści przedkładanych przez wykonawców dokumentów. W ramach obowiązku należytej staranności, zamawiający winien sprawdzać dokumenty, a czego zaniedbał na etapie trybu art.26 ust.1 ustawy Pzp. Otrzymując zatem kartę techniczną (kartę katalogową Sanito Sp. z o.o.) zasobnika z wpisaną stratą postojową na poziomie 110, zamawiający miał obowiązek wyjaśnić, czy spełniony został wymóg, aby zasobnik z taką stratą posiadał klasę energetyczną A. Wymóg złożenia karty technicznej kolektora i zasobnika znajduje się w pkt 8.4.2.c) siwz, który z kolei znajduje się w rozdziale VI siwz zatytułowanym: „Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia, zasady składania oświadczeń i dokumentów oraz forma dokumentów”. Oznacza to, że ww. karta techniczna jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i do którego zastosowanie ma m.in. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Wobec przedstawionych okoliczności faktycznych zamawiający ma zatem obowiązek wezwać wykonawcę Sanito Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, jaką klasę energetyczną posiada oferowany zasobnik, skoro jego straty postojowe są na poziomie 110W. W przypadku złożenia przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. wyjaśnień wskazujących na zmianę poziomu strat postojowych zasobnika, zamawiający zobowiązany będzie wezwać



wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia karty technicznej potwierdzającej zarówno klasę energetyczną A zasobnika, jak i pozostałe parametry pozwalające na uzyskanie wymaganej klasy energetycznej. Dopiero w przypadku złożenia przez wykonawcę Sanito wyjaśnień lub karty technicznej niepozwalających na stwierdzenie, że zasobnik posiada faktycznie klasę energetyczną A zamawiający zobowiązany będzie odrzucić ofertę Sanito w kwestionowanych częściach zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający swym zaniechaniem naruszył art.26 ust.4 w związku z art.26 ust.3 oraz art.26 ust.1 i art.25 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp., co może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp należy zwrócić uwagę, że w przepisach tych mowa jest o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, przy czym z przepisów wynika, że chodzi o takie wprowadzenie w błąd, którego celem jest uzyskanie sytuacji korzystnej dla wykonawcy. W niniejszej sprawie zamawiający nie wymagał podawania poziomu strat postojowych zasobnika. Tym samym podanie przez wykonawcę Sanito poziomu tych strat i to w wysokości wskazującej na niespełnienie przez niego wymogu dotyczącego klasy energetycznej, nie było dla wykonawcy korzystne, gdyż doprowadziło do zakwestionowania spełniania przez niego ww. wymogu. Innymi słowy: nie doszło w tym przypadku do wprowadzenia w błąd zamawiającego w rozumieniu ww. przepisów, skoro wykonawca z własnej inicjatywy podał niewymagane dane i w wersji dla siebie niekorzystnej. Izba zaistniałą sytuację nie kwalifikuje jako wprowadzenie w błąd zamawiającego czy to z winy umyślnej, czy to z winy nieumyślnej tylko jako omyłkę. Za taką kwalifikacją zaistniałej sytuacji przemawia okoliczność, że zasobnik Lemet 500 Serii SE jest przygotowany do niniejszego zamówienia a nie stanowi przedmiotu dotychczasowej produkcji i sprzedaży, gdzie błąd w podawanych parametrach technicznych karty katalogowej (sprzedaży) mógł być z pewnością wykryty czy to przez producenta czy też klientów. W związku z tym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz

odwołującego kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

### **Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.**

#### **Odwołanie ML SYSTEM S.A. Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie zwana dalej też ML SYSTEM S.A. (Sygn. akt KIO 2601/19)**

Zamówienie publiczne: Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI" z podziałem na części w ramach Subregionów.

Znak postępowania: SZPT-02/07/2019

Ogłoszenie w Dz. Urz. UE z dnia 6 sierpnia 2019 roku, nr 2019/S 150-368527

#### **Odwołanie z dn. 23 grudnia 2020r.**

Działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą Pzp” niniejszym wniesiono odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej w zakresie zestawów instalacji fotowoltaicznych część A: - subregion Tarnowski, Wielicki, Olkuski, Miechowski.

zwanego dalej "postępowaniem" polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej w ramach ww. postępowania - na terenie subregionu Tarnowskiego, Wielickiego oraz Olkuskiego - w części A - Oferty Spółki pod firmą Hymon Energy Sp. z o o z siedzibą w Tarnowie (dalej: HYMON) oraz polegającej na wyborze, na terenie subregionu Miechowskiego, także w części A, jako najkorzystniejszej, Oferty Spółki pod firmą Neostar Green Energy Sp. z o o Sp. k (dalej: NEOSTAR), zgodnie z zawiadomieniem z dnia 12 grudnia 2019 r.,

1.1. zaniechaniu odrzucenia, jako niezgodnej z przepisami ustawy, Oferty HYMON, w zakresie części A, dla każdego z subregionów. W ocenie Odwołującego Spółka ta zaoferowała w treści złożonej Oferty alternatywne dwa moduły, tj. moduł oznaczony nazwą "Ulica Solar UL- 325 M-60" - w Załączniku nr 1, oraz "Ulica Solar UL-325M-S" w załączniku nr 1A, co świadczy o niejednoznaczności złożonej oferty, która nie poddaje się ocenie,

1.2. polegającej na poprawieniu omyłki we wszystkich formularzach cenowych złożonych przez HYMON Energy Sp. z o. o. w ramach czterech Subregionach w zakresie CZĘŚCI A w kolumnie nr 3, poprzez wpisanie, w miejsce zaoferowanego pierwotnie Producenta i typu modułu fotowoltaicznego: „Ulica Solar: UL-325M-S”, rzekomo poprawnej nazwy "Ulica Solar UL- 325M-60"

Zamawiający w ocenie ML SYSTEM S.A. powinien odrzucić Ofertę, która jest niejednoznaczna i blankietowa, na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 1 w z w. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Ustawy Pzp, względnie - w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 8 Ustawy Pzp. Oferta taka narusza bowiem w sposób oczywisty ustawę i SIWZ, w którym Zamawiający wymagał zaoferowania jednego, konkretnego rodzaju modułu.

Tymczasem, poprzez samodzielną korektę ww., rzekomej omyłki, Zamawiający w sposób niedozwolony zmodyfikował ofertę Spółki i dokonał wyboru jednego z dwóch alternatywnie wskazanych produktów na podstawie, jak sam wskazał, "dokumentów przesłanych na wezwanie Zamawiającego". Działanie takie, nie tylko zmodyfikowało nieprecyzyjną ofertę (o czym dalej), lecz także, a może i przede wszystkim, wpłynęło na ranking ofert, doprowadzając do przyznania HYMON dodatkowych punktów za zaoferowanie modułu z lepszymi parametrami. W ocenie Odwołującego, żadne informacje stanowiące podstawę przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu, jeżeli nie wynikają jednoznacznie z treści Oferty.

III. polegającej na przyznaniu w ramach kryterium "parametry techniczne - zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" (pkt. XII ppkt. 2.cz. A. lp. 2 lit. b SIWZ.) w części A, dla każdego z subregionów, Ofercie Złożonej przez HYMON Oferty, 10 pkt., a w konsekwencji, na przyznaniu w ramach kryteriów oceny Ofert, ww. Spółce, kolejno dla każdego z ww. subregionów, 95,27 pkt, 95,46 pkt., 95,54 oraz 92,95 pkt.,

w sytuacji, w której HYMON nie przedstawił rzetelnych i wymaganych treścią SIWZ dowodów potwierdzających właściwości oferowanego produktu - przedstawione przez Spółkę wyniki badań nie potwierdziły wymaganej odporności na obciążenie śniegiem, a nadto, w sytuacji, w której badania nie były przeprowadzone w zgodzie z aktualnymi normami,

w konsekwencji, Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał dodatkowe punkty ww. Spółkom oraz odstąpił na etapie oceny ofert od zastrzeżonego w treści SIWZ wymogu badania właściwości modułów zgodnie z aktualnymi normami.

IV. polegającej na błędnym i nieuprawnionym wezwaniu NEOSTAR do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przyznania dodatkowej punktacji, a w konsekwencji,

polegającej na przyznaniu ofercie złożonej przez NEOSTAR, w ramach kryterium "parametry techniczne",

- "zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" (pkt. XII ppkt. 2.cz. A. lp. 2 lit. b SIWZ.) w części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego, dodatkowych 10 pkt, oraz

- "panele fotowoltaiczne z dodatkową odpornością na amoniak i mgłę solną" (pkt. XII ppkt. 2.cz. A. lp. 2 lit. c SIWZ.), w części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego, dodatkowych 5 pkt

a w konsekwencji, na błędnym przyznaniu Ofercie NEOSTAR, w ramach ww. zadań, kolejno 94,21 oraz 94,55 pkt.

W ocenie Odwołującego, informacje stanowiące podstawę przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, stąd też przyznanie ww. punktów na podstawie dokumentów uzupełnionych po ponownym (drugim) wezwaniu było wadliwe.

Co więcej, Oferent nie udowodnił spełnienia przez oferowany produkt punktowanych kryteriów, przedstawiając jedynie oświadczenie producenta, w sytuacji, w której Zamawiający wyraźnie w treści SIWZ wskazał, iż na udowodnienie dodatkowo punktowanych parametrów wymagać będzie "certyfikatu."

W ocenie Odwołującego, do powyższej, wadliwej punktacji złożonych Ofert, a w konsekwencji, do wadliwego wyboru ofert najkorzystniejszych, dla każdej z ww. części, doszło także na skutek czynności Zamawiającego wskazanych w pkt. V - VII poniżej, dlatego też niniejszym Odwołaniem ML SYSTEM zaskarża nadto:

V. czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wykluczenia HYMON, z prowadzonego postępowania w zakresie w części A, dla każdego z subregionów, pomimo, iż Spółka ta w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego/mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.:

- przedstawiła Raport z badań nr 70.406.19.095.18, (z którego treści literalnie wynika maksymalne obciążenie paneli na poziomie 2400 Pa) jako dokument potwierdzający obciążalność modułu do 8 000 Pa, co w połączeniu z oświadczeniem Producenta wprowadziło Zamawiającego w błąd co do właściwości produktu, w sytuacji, w której rzeczywista obciążalność mechaniczna modułu, potwierdzona na stronie internetowej producenta, wynosi nie więcej 5 400 Pa.

- przedstawiła nieprawdziwe informacje dotyczące parametrów oferowanego falownika SOFAR SOLAR 11KTL-X, sugerujące, iż posiada on moc wyjściową mniejszą niż 10 000 VA, w sytuacji, w której informacja ta nie jest prawdziwa,

VI. czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty HYMON, w zakresie w części A, dla każdego z subregionów, jako niezgodnej z treścią SIWZ

- z uwagi na niespełnienie przez oferowany falownik kryteriów określonych na stronie 18 szczegółowej specyfikacji technicznej dla paneli fotowoltaicznych ("wymogi dla instalacji s 3 kWp oraz < 10 kWp aby falownik posiadał moc wyjściową 3-9 kVA"),

- z uwagi na nieprzedłożenie aktualnych i poprawnych certyfikatów dla oferowanych modułów

VII. czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wykluczenia NEOSTAR z postępowania w ramach części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego, iż pomimo, iż Spółka ta w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego/mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj:

- przedstawiła nierzetelne informacje dotyczące maksymalnej obciążalności oferowanego modułu oraz odporności na atmosferę mgły solnej i amoniaku, niepotwierdzone wymaganym przez SIWZ certyfikatem oraz sprzeczne z danymi z kart katalogowych, dostępnych w sieci Internet, których treść wyraźnie potwierdza brak deklarowanych właściwości modułu.

VIII. czynność Zamawiającego polegającą na poprawie oczywistej omyłki w treści Oferty NEOSTAR, poprzez wpisanie do Oferty w miejsce słów: "SofarSolar 2000 TL" - rzekomo poprawnej nazwy SofarSolar 2200 TL. Sposób korekty ww. omyłki, nie był jednak oczywisty, tj. nie wynikał wprost z oferty, a na rynku istnieje kilka produktów o zbliżonej nazwie, które także mogłyby mieć zastosowanie w niniejszym postępowaniu.

Z uwagi na niemożliwość jednoznacznego odtworzenia woli Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy, ww. Oferta podlegała odrzuceniu.

IX. czynność zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty NEOSTAR w ramach części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego,

- pomimo, iż w zakresie części A, dla subregionu Tarnowskiego Oferta ta sprzeczna była w sposób literalny z treścią SIWZ, która nie dopuszczała - w treści Załącznika nr 1 A "Formularz cenowy" - różnic cenowych pomiędzy instalacją montowaną na gruncie od instalacji na dachu obiektu, przekraczających 110 %. Arytmetyczne zestawienie podanych

przez Oferenta wartości wskazuje, że ceny instalacji na gruncie są wyższe niż 110 % wartości ceny na dachu, co dyskredytuje ofertę dla ww. zadania w całości.

- pomimo, iż Spółka nie uzupełniła żądanych przez Zamawiającego dokumentów w terminie do dnia 25.11.2019 r. oraz - na ponowne wezwanie, kolejno, w terminie do dnia 06.12.2019. Odwołujący wskazuje, iż znajdujące się w aktach sprawy pliki "TUV+ tłumaczenie.pdf" i "TUV tłumaczenie przysięgłe" datowane są na dzień 12.12.2019 r.

- pomimo, iż Oferta ta nie wskazywała w sposób jednoznaczny na rodzaj oferowanego produktu, tj. na rodzaj falownika, oznaczonego błędnie nazwą SofarSolar 2000 TL. Tego rodzaju oferta, jako nieprecyzyjna i niepoddająca się ocenie, podlega odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Ustawy pzp.

B. Wyżej wskazanym czynnością Zamawiającego zarzucam:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia HYMON oraz NEOSTAR z postępowania i uznania ich ofert za odrzucone, pomimo, iż ww. Spółki przedstawiły nieprawdziwe/nierzetelne informacje dotyczące parametrów oferowanych urządzeń, wprowadzając tym samym w błąd Zamawiającego. Powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, tak w zakresie uznania przedmiotowych Ofert za zgodne z SIWZ, jak i przyznania im dodatkowych punktów z uwagi na właściwości oferowanych modułów, co w konsekwencji doprowadziło do uznania ww. Ofert, odpowiednio w każdej z części A wszystkich subregionów, za najkorzystniejsze;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 3 Ustawy Pzp (względnie: art. 89 ust. 1 pkt. 8 Ustawy Pzp) poprzez zaniechanie odrzucenia Oferty złożonej przez HYMON i NEOSTAR dla ww. części, pomimo, iż Oferty te były niekompletne i niejednoznaczne, a nadto, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ww. Ofert pomimo, iż treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez nieuprawniony wybór dla części A, jako najkorzystniejszych, ofert złożonych przez Spółkę NEOSTAR (w zakresie subregionu Miechowskiego, oraz Spółki HYMON (w zakresie pozostałych subregionów), pomimo, iż Oferty ww. Spółek powinny być Odrzucone, a Wykonawcy Wykluczeni z postępowania;

4. naruszenie art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez wzywianie NEOSTAR do uzupełnień dokumentów stanowiących podstawę przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert oraz poprzez prowadzenie ze Spółką HYMON oraz NEOSTAR negocjacji - w trybie wyjaśnień - co do informacji i dokumentów stanowiących podstawę przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert,

5. naruszenie art.84 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez poprawienie w treści Oferty HYMON oraz NEOSTAR informacji nie stanowiących "omyłki" w rozumieniu ww. przepisu, co skutkowało nieuprawnioną modyfikacją treści złożonych przez te firmy Ofert,

6. naruszenie art. 30 b Ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez odstąpienie od oceny oferowanych produktów na podstawie certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, pomimo, iż ww. dokumenty zostały zastrzeżone w treści SIWZ jako środki dowodowe wymagane dla wykazania właściwości urządzeń,

7. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania przetargowego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców na skutek nieuprawnionego uprzywilejowania ww. Wykonawców w toku postępowania, m.in. poprzez zaakceptowanie ofert złożonych sprzecznie z wymogami SIWZ oraz poprzez dwukrotne wzywanie do przedłożenia dokumentów przedmiotowych związanych z dodatkową punkcją.

8. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt. 13 w zw. z art. 7 Ustawy Pzp poprzez odstąpienie od stosowania, na etapie oceny ofert, określonych w treści SIWZ kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze ofert,

C. Wskazując na powyższe wnoszę o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty HYMON w zakresie części A subregionu Tarnowskiego, Wielickiego oraz Olkuskiego,

2. unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty NEOSTAR w zakresie części A subregionu Miechowskiego,

3. wykluczenia Spółki HYMON oraz NEOSTAR z postępowania i uznania ich Ofert za odrzucone w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do informacji podanych w pkt. A i B powyżej

4. względnie, o odrzucenie Ofert Spółki HYMON oraz NEOSTAR z uwagi na ich niejednoznaczność, względnie, z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ, z przyczyn opisanych poniżej,

5. dokonania powtórnego badania i oceny wszystkich ofert dla części A wszystkich subregionów, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w niniejszym odwołaniu, z zachowaniem zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; - a z ostrożności dokonania ponownej oceny Ofert HYMON i NEOSTAR, w

przypadku ich nieodrzczenia, bez uwzględnienia dodatkowej punktacji za parametry oferowanego modułu

D. Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 23 grudnia 2019 r. na dowód czego w załączeniu przedłożono potwierdzenie nadania.

E. Termin dla wniesienia odwołania

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 12 grudnia 2019 r., w którym to dniu Zamawiający przesłał do ML System S.A. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszych ofert. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt. 1 Ustawy Pzp został dochowany. Z daleko idącej ostrożności ML SYSTEM w tym miejscu wskazuje, iż Zamawiający kserokopię prowadzonej z Wykonawcami korespondencji, zawierającą m.in. informację o dokonaniu korekty wskazanych w odwołaniu omyłek pisarskich, udostępnił wszystkim wykonawcom dopiero w dniu 13 grudnia 2019 r., po rozstrzygnięciu przetargu w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wszystkie czynności Zamawiającego, mające wpływ na dokonaną punktację i wybór, podlegają zatem zaskarżeniu.

F. Interes we wniesieniu niniejszego odwołania

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem w przypadku uwzględnienia wyżej stawianych zarzutów, Zamawiający dokona ponownej oceny Ofert, która w stopniu granicznym z pewnością doprowadzi do wyboru Oferty ML SYSTEM w każdym z czterech subregionów dla części A, a w dalszej kolejności, do zawarcia ze Spółką umowy objętej przedmiotowym postępowaniem. Interes Wykonawcy we wniesieniu niniejszego odwołania sprowadza się zatem do możliwości uzyskania ww. zamówienia w ramach części A w każdym z wyżej powołanych subregionów.

Powyższe legitymuje Wykonawcę do wniesienia niniejszego odwołania.

G. Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa radcy prawnego, według norm prawem przepisanych.

Uzasadnienie odwołania

W dniu 12 grudnia 2019r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej Oferty w przetargu nieograniczonym pn. „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ



SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI" z podziałem na Części w ramach Subregionów, znak SZPT/ZP-02/07/2019

W treści zawiadomienia Zamawiający wskazał, iż żadna z ofert nie podlega odrzuceniu oraz iż żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania. Jako najkorzystniejszą w części A, na terenie subregionu Tarnowskiego, Wielickiego oraz Olkuskiego, uznano Ofertę Spółki HYMON, zaś na terenie subregionu Miechowskiego, także w części A, Spółki NEOSTAR. Firmy te otrzymały w ww. zadaniach najwyższą liczbę punktów. Zamawiający na str. 5 ww. zawiadomienia uznał, iż ww. Oferty zgodne były z wymaganiami SIWZ oraz ustawy Pzp.

W zakresie subregionu Miechowskiego, w którym wybrano ofertę NEOSTAR, Oferta HYMON uplasowała się na drugim miejscu, a ML SYSTEM na trzecim. Podobnie, w ramach subregionu Tarnowskiego Oferta ML SYSTEM zajęła trzecie miejsce, zaraz po Ofercie Spółki NEOSTAR i HYMON. W pozostałych dwóch subregionach - Wielickim i Olkuskim, Oferta ML SYSTEM S.A. była druga, zaraz po Ofercie złożonej przez HYMON.

Z ww. decyzją Zamawiającego nie sposób się jednak zgodzić - została ona podjęta z rażącym naruszeniem przepisów wskazanych powyżej i jako taka, nie może się ostać. Poprawna analiza i ocena złożonych Ofert powinna uplasować bowiem ML SYSTEM na pierwszym miejscu, dla każdego z czterech wyżej wymienionych zadań.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący w tym miejscu wskazuje, iż za wyjątkiem zarzutu wskazanego w pkt. IX tiret 1 powyżej, który dotyczy wyłącznie Oferty NEOSTAR złożonej dla części A subregionu Tarnowskiego, wszystkie zarzuty mają charakter wspólny, tj. dotyczą Ofert ww. firm złożonych dla części A każdego z ww. subregionów, dlatego dla przejrzystości, zostaną one omówione łącznie. Potwierdzenie przez KIO zasadności zarzutów niniejszego odwołania - tak co do firmy HYMON, jak i NEOSTAR, rzutować będzie zatem na ranking ofert każdego z subregionów.

W uzasadnieniu powyższego oraz w rozwinięciu sformułowanych powyżej zarzutów zamawiający podnosi, co następuje:

Uzasadnienie zarzutu nieodrzczenia jako niezgodnej z przepisami ustawy. Oferty HYMON. w zakresie cz. A. dla każdego z subregionów pomimo niejednoznaczności ww. Oferty w zakresie rodzaju modułu

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż pismem z dnia 28 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał HYMON do wyrażenia zgody na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej we wszystkich formularzach cenowych złożonych przez HYMON Energy Sp. z o. o. w ramach czterech Subregionów w zakresie CZĘŚCI A w kolumnie nr 3, w oznaczeniu

zaoferowanego pierwotnie modułu fotowoltaicznego „1. Ulica Solar: UL-325M-S”. W treści ww. pisma Zamawiający wskazał, iż poprawia zaoferowany model modułu na: „1. Ulica Solar: UL-325M-60”, zgodnie z oświadczeniem złożonym w tym zakresie w pkt. 5 formularzu oferty oraz - co istotne, "zgodnie z dokumentami przesłanymi na wezwanie Zamawiającego." potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego powyższe wezwanie wyraźnie wskazuje, iż Zamawiający nie był w stanie ustalić treści Oferty, w drodze jej wykładni, wyłącznie w oparciu o dokumenty złożone przed terminem otwarcia ofert, tj. w oparciu o treść Załącznika nr 1 oraz Załącznika nr 1A. Fakt ten przesądza o braku prawnej możliwości konwalidacji złożonej Oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy Pzp - jej treści nie można bowiem odczytywać i kształtować w oparciu o dokumenty przedłożone w toku badania i oceny ofert. Takie działanie pozostawia bowiem furtkę na jej niedozwoloną modyfikację.

Wyjaśniając powyższy zarzut Odwołujący podaje, iż HYMON zaoferował w treści złożonej Oferty alternatywne dwa moduły, tj. moduł oznaczony nazwą "Ulica Solar UL-325M-60" - w Załączniku nr 1, oraz "Ulica Solar UL-325M-S" - w Załączniku nr 1A. W ocenie ML SYSTEM działanie takie mogło być celowe, albowiem na dzień składania ofert HYMON nie dysponował odpowiednimi badaniami potwierdzającymi, by oferowany przez niego moduł spełniał dodatkowe kryterium obciążenia śniegiem ponad 7500 Pa, a dostępne ogólnie na rynku dokumenty ww. okoliczności nie potwierdzały. Poprawne zaoferowanie ww. modułu w przypadku, w którym testy wypadłyby negatywnie, obniżyłoby Wykonawcy liczbę przyznanych punktów, co - przy przyjętych kryteriach oceny Ofert, w stopniu granicznym z pewnością pozbawiłoby HYMON możliwości uzyskania zamówienia. Spółka mogła zaoferować także inny moduł, wykonany na specjalne zamówienie, który spełniałby wszystkie wymagane kryteria - jako produkt "szyty ma miarę", co jednak niewątpliwie podwyższyłoby koszt realizacji dostawy. Jak widać, Spółka do dnia składania ofert nie mogła się zdecydować.

Alternatywne sporządzenie oferty polegające na błędnym oznaczeniu jednego z modułów - rzekomo jako "omyłka", dawało Spółce HYMON możliwość:

- bądź to wskazania na oczywistą omyłkę w treści załącznika nr 1A, a w konsekwencji, na potwierdzenie, w trybie wyjaśnień, iż w rzeczywistości firma chciała zaoferować moduł "Ulica Solar UL-325M-60" (jaki był jednokrotnie podany w Załączniku nr 1), nie zaś "Ulica Solar UL-325M-S", który w ww. formularzu 1 A był podany błędnie aż 45 razy (dla subregionu Tarnowskiego), 64 razy błędnie (dla subregionu Wielickiego, 50 razy błędnie (dla subregionu Okulskiego}, i 65 razy błędnie (dla subregionu Miechowskiego} - a to "na wypadek" pozytywnego wyniku badań dopuszczalnego obciążenia,

- bądź to wskazania, że w załącznikach oznaczonych numerem 1A 224 razy podano poprawną nazwę modułu "Ulica Solar UL-325M-S" (który mógłby hipotetycznie być wyprodukowany na indywidualne zamówienie Spółki} a jedynie jeden, jedyny raz, w załączniku nr 1, na skutek literówki, omyłkowo zamiast poprawnej nazwy "Ulica Solar UL-325M-S", wpisano końcówkę "M- 60". Mogłoby to być o tyle prawdopodobne, że nad treścią załączników nr 1a wykonawca musiał pracować niewspółmiernie dłużej (na co wskazuje nie tylko ich objętość, ale i same nazwy, np.. "modyfikacja 3"), zaś w treści Oferty podsumowano jedynie na końcu dane wynikające z pozostałych załączników. Nie jest natomiast możliwe, by Spółka, jako profesjonalista i fachowiec w branży, aż tylu krotnie podała nazwę produktu nieistniejącego.

Jakkolwiek drugi wariant wydaje się bardziej logiczny i możliwy do wyobrażenia (zwłaszcza w kontekście zadeklarowania przez HYMON modyfikacji na etapie produkcji także i falowników, co potwierdzili w treści pisma z dnia 4 grudnia 2019 r.) w niniejszej sprawie na wezwanie Zamawiającego HYMON przedłożył dokumenty przedmiotowe dla modułu "Ulica Solar UL- 325M-60", potwierdzając tym samym, że w załącznikach 224 razy podał niepoprawną nazwę. Stało się tak najprawdopodobniej z uwagi na fakt, iż w dniu 22.10.2019 r. firma HYMON uzyskała wyniki badań potwierdzające rzekomo odporność obciążenia śniegiem powyżej 7500 Pa. Na taką datę przeprowadzenia badań wskazuje załącznik - Technical Report No.406.19.095.18 z dnia 24 października 2019 r.

Odwołujący w tym miejscu podkreśla, iż prawo zamówień publicznych zna wiele przypadków prób składania ofert "niedookreślonych", blankietowych, z zamiarem dokonania po otwarciu ofert uzupełnień, wyjaśnień lub poprawy omyłek mających na celu zmodyfikowanie przedmiotu zamówienia, zależnie od sytuacji i ofert konkurencji. Tego rodzaju praktyki, jako naruszające wynikający z art. 84 ust. 1 Ustawy Pzp zakaz modyfikacji oferty po dniu otwarcia ofert, nie powinny być jednak akceptowane. Każdy z Wykonawców miał jednakowy czas na przygotowanie i złożenie oferty - pozostawienie furty jednej z firm na podjęcie decyzji co do zadeklarowanego urządzenia po terminie ofert naruszy nie tylko ww. przepis, lecz także art. 7 Ustawy Pzp, pozbawiając pozostałe firmy prawa do pozyskania zamówienia w uczciwych warunkach. Zwłaszcza w sytuacji, w której rodzaj oferowanego modułu, a w zasadzie jego właściwości, były dodatkowo punktowane i decydowały de facto o możliwości uzyskania zamówienia.

ML SYSTEM z daleko idącej ostrożności w tym kontekście wskazuje także, iż dla wszczęcia procedury mającej na celu poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (na którą to procedurę powołuje się Zamawiający w piśmie z dnia 28 listopada 2019 r.) konieczne jest łączne spełnienie dwóch przesłanek:

- po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści.
- po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Żadna z ww. przesłanek nie została spełniona w niniejszej sprawie - po pierwsze dlatego, że działanie Wykonawcy miało charakter celowy i świadomy - w postępowaniu o udzielenie zamówienia na tak dużą skalę, od Wykonawców wymaga się zmożonej ostrożności i czujności w formułowaniu oferty, zwłaszcza w tak newralgicznych punktach jak rodzaj oferowanego modułu, którego parametry techniczne "ważą" 30 % całej punktacji. Wysoce nieprawdopodobnym jest, by Oferent ponad dwieście razy, w czterech różnych dokumentach, źle wpisał krótką nazwę modułu, różniącą się już na pierwszy rzut oka od rzekomo poprawnej nazwy aż dwoma znakami. W jednej wersji nazwy wpisana jest litera, w drugiej rzekomo poprawnie podano cyfry. Co więcej, rodzaj omyłki nie jest oczywisty. Liczba "60", dwucyfrowa nie znajduje się obok litery "s" na klawiaturze, a zatem do błędu nie mogło dojść na skutek literówki.

Odnosząc się do drugiej przesłanki dopuszczalności zastosowania ww. procedury, Wykonawca wskazuje, iż korekta wskazywanej niezgodności spowoduje istotną zmianę nie tylko w treści Oferty, ale i w całym rankingu ofert - czynność Zamawiającego zmienia rodzaj oferowanego modułu, którego parametry składają się na 30 % punktacji. Dokonana w ww. trybie zmiana istotnie modyfikuje złożone oświadczenie woli wykonawcy i jako taka nie może być zatem zaakceptowana.

W ocenie Wykonawcy poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp powinno mieć na celu wyłącznie formalne skorygowanie widocznej na pierwszy rzut oka woli wykonawcy, która pomimo, iż nie została precyzyjnie zapisana w Ofercie, to jednak jest bezsporna i możliwa do odczytania. W niniejszej sprawie poprawa omyłki prowadzi do dostosowania treści oferty do wymagań Zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów Zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Potwierdza to sam Zamawiający w treści wezwania do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki, wskazując, iż bazował na dokumentach złożonych po terminie składania ofert.

Co przy tym istotne, oba wyżej podane warianty poprawy oferty są logicznie poprawne, tak z ekonomicznego, jak i z technicznego punktu widzenia, stąd też dopuszczenie do walidacji oferty poprzez poprawę "innej" omyłki umożliwia de facto jej dowolną zmianę po otwarciu ofert.

W konsekwencji należy przyjąć, iż alternatywne podanie dwóch różnych produktów w treści oferty stanowi nieusuwalną jej wadę, bowiem oznacza brak złożenia oświadczenia woli wykonawcy, co do tego jaki konkretny produkt oferuje. Taki sposób sporządzenia oferty przez wykonawcę uniemożliwia zbadanie tej oferty przez zamawiającego pod względem zgodności z wymaganiami SIWZ i nie podlega ani wykładni, ani poprawie, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp.

Samodzielne poprawienie omyłki przez Zamawiającego świadczy o naruszeniu tegoż przepisu, a zaniechanie odrzucenia oferty - o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 3 Ustawy Pzp (względnie: art. 89 ust. 1 pkt. 8 Ustawy Pzp). Już tylko z tej przyczyny wniesione odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadnienie zarzutu poprawienia oczywistej omyłki w treści Oferty NEOSTAR. Przez wpisanie do Oferty w miejsce słów: "SofarSolar 2000 TL" - rzekomo poprawnej nazwy SofarSolar 2200 TL.

W tym miejscu Odwołujący dodatkowo wskazuje, iż identyczny błąd Zamawiający popełnił w stosunku do drugiej z Ofert, złożonej przez Spółkę NEOSTAR. Jakkolwiek w tym przypadku doszło do rzekomo niepoprawnego zapisu jednej cyfry w ciągu znaków oznaczającym dany produkt, to jednak sposób korekty ww. omyłki także nie był oczywisty, tj. nie wynikał wprost z oferty, a na rynku istnieje kilka produktów o zbliżonej nazwie, które równie dobrze mogłyby zostać wpisane w ww. sposób.

Jak potwierdza treść "Pisma wyjaśniającego" dotyczącego "Gama produktów SOFAR SOLAR na rynku w Europie", wystawionego przez Kleventa Solar BV, na rynku dostępne są falowniki fotowoltaiczne marki SOFAR SOLAR m.in. numer 1100TL, SOFAR 1600TL, SOFAR 2200TL, SOFAR 2700TL, SOFAR 3000TL lub 2200TL-G3.

Dowód: Pismo Kleventa Solar BV z dnia 4 listopada 2019 r. (załącznik do pisma ML SYSTEM S.A. z dnia 13.11.2019r., folder "korespondencja", pod folder "pisma od wykonawców")

Wobec powyższego poprawa błędnie podanego modułu SofarSolar 2000 TL na SofarSolar 2200 TL nie jest jedyną możliwą drogą korekty - w ocenie Odwołującego falowniki Sofar Solar 2700TL, Sofar Solar 3000TL także spełniają wymogi przetargu więc hipotetycznie, możliwe byłoby ich zaproponowanie. Zatem także i w tym przypadku Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy oraz - poprzez nieodrzućenie takiej oferty, art. 87 Ustawy Pzp.

Uzasadnienie zarzutu wadliwości czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu

wykluczenia HYMON. z prowadzonego postępowania w zakresie w części A. dla każdego z subregionów, pomimo, iż Spółka ta w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący dodatkowo wskazuje, iż nawet uznanie za dopuszczalne poprawy ww. omyłek, obu z ww. Spótek, nie pozwoliłoby na wybór złożonych przez nich ofert jako najkorzystniejszych. Zarówno HYMON, jak i NEOSTAR, przedstawili bowiem - celowo lub na skutek niedbalstwa - dokumenty przedmiotowe dotyczące oferowanych produktów w sposób, który mógł wywołać (i wywołał) u Zamawiającego mylne wyobrażenie co do ich zgodności z treścią SIWZ.

I tak, firma HYMON przedłożyła Zamawiającemu Raport z badań nr 70.406.19.095.18, (z którego treści literalnie wynika maksymalne obciążenie paneli na poziomie 2400 Pa) jako dokument potwierdzający obciążalność modułu do 8000 Pa, co w połączeniu z oświadczeniem Producenta wprowadziło Zamawiającego w błąd co do właściwości produktu, w sytuacji, w której rzeczywista obciążalność mechaniczna modułu, potwierdzona na stronie internetowej producenta, wynosi nie więcej 5 400 Pa. Jakkolwiek producent może faktycznie dysponować badaniami potwierdzającymi obciążalność modułu na poziomie 5 400, która to wartość jest podawana na powszechnie dostępnej karcie katalogowej produktu, to jednak wartość ta jest zdecydowanie za niska dla otrzymania dodatkowej punktacji. Deklarowana wartość 8 000 Pa nie wynika natomiast ani z ww., ogólnie dostępnych kart katalogowych, ani z przeprowadzonych badań.

Wyjaśniając powyższe wskazuję, iż ww. raport opisuje trzy testy. Obciążenie przyłożone podczas testowania w dwóch przypadkach wynosiło jedynie 2400Pa (tabela 3.5 MQT 16 Test statycznego obciążenia mechanicznego), nie zaś jak poświadcza producent - 8000 Pa.

Oświadczenie producenta dotyczy tylko jednej - trzeciej próby, nie zaś właściwości produktu jako takiego.

Zgodnie z normą 1EC 61215 moduł powinien zostać przetestowany z obciążeniem 8000 Pa we wszystkich trzech cyklach obciążenia przewidzianymi normą czyli przez całkowity czas wynoszący 180 minut, nie zaś jak to miało miejsce tym przypadku jedynie przez 60 minut.

Dowód: Wyciąg z treści normy opisujący procedurę pomiarową.

Należy zatem wnioskować, iż oferowany moduł UL-325M-60 (12BB) nie spełnia zadeklarowanej obciążalności a zadeklarowany przez firmę Hymon Energy Sp. z o.o. parametr obciążalności jest po prostu niepoprawny. Selektywne przedstawienie dokumentów

na ww. okoliczność wprowadziło zamawiającego w błąd co do informacji, której potwierdzenie skutkowało przyznaniem dodatkowych 10 pkt. w ramach kryteriów oceny ofert.

Potwierdza to także oryginalna kartę modułu UL-325M-60, pobrana w dniu 17.12.2019. z oficjalnej strony producenta pod adresem www:

[http://www.ulicasolar.com/modules\\_data/Datasheet%20for%20Mono%20320~330fMBBł.pdf](http://www.ulicasolar.com/modules_data/Datasheet%20for%20Mono%20320~330fMBBł.pdf)

Dowód: Oryginalna karta producenta

Powyższy dokument wyraźnie wskazuje, iż oferowany moduł nie cechuje się wymaganą odpornością. W niniejszej karcie producent określa obciążalność mechaniczną na poziomie 5400 Pa.

Ponadto w oficjalnej instrukcji obsługi modelu UL-325M-60 pobranej ze strony producenta pod adresem www:

<http://www.ulicasolar.com/modules2016/Installation%20Manualf20181022'l.pdf>gdzie podtrzymana jest wartość obciążalności mechanicznej na poziomie 5400 Pa.

Dowód: Instrukcja obsługi modelu

Biorąc pod uwagę wyżej powyższe fakty oraz dowody wnioskować należy, że moduł oferowany przez firmę Hymon Energy Sp. z o.o. nie posiada obciążalności mechanicznej na poziomie 8000 Pa, lecz co najwyżej na poziomie 5400 Pa.

Powyższa rozbieżność danych w treści ww. dokumentów budzi uzasadnione wątpliwości co do rzetelności przeprowadzonych badań lub co do autentyczności dokumentu.

Tak czy inaczej, w ocenie Odwołującego HYMON, jako profesjonalista w branży, winien mieć świadomość treści ww. badań oraz rzeczywistych parametrów modułu. Przedstawienie raportu z jednostkowego badania na okoliczność rzekomej obciążalności mechanicznej na poziomie 8000 Pa - wbrew wymaganym normom - miało na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co uzasadnia wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania, na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania ww. czynności świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego tego przepisu

W tym miejscu Odwołujący dodatkowo wskazuje, iż Hymon przedstawiła także nieprawdziwe informacje dotyczące parametrów oferowanego falownika SOFAR SOLAR 11KTL-X, sugerujące, iż posiada on moc wyjściową mniejsza niż 10 000VA. w sytuacji, w której jest to oczywiście nieprawdą, co także stanowić powinno podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Moc falownika w oferowanym urządzeniu może być regulowana i może zostać zmniejszona na potrzeby przetargu - zmniejszenie mocy w ramach przyjętej przez

producenta skali nie jest jednak tożsame z określonym przez Zamawiającego wymogiem "maksymalnej" mocy wyjściowej, a HYMON, jako przedsiębiorca trudniący się w realizacji tego rodzaju zadań, powinien mieć tego świadomość. Sposób prezentacji dokumentów potwierdzających rzekomo zgodność ww. urządzenia z SIWZ [o czym dalej] także świadczy o celowym, i niestety skutecznym, wprowadzeniu Zamawiającego w błąd co do istotnych informacji mających wpływ na prowadzone postępowanie.

Uzasadnienie zarzutu wadliwego przyznania w ramach kryterium "parametry techniczne - Zastosowanej paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 ftTJpkt. XII ppkt.

2.cz. A. ID, 2 lit, b SJWZ.1 w części A. dla każdego z subregionów. Ofercie Złożonej przez HYMON Oferty. 10 pkt.

Z daleko idącej ostrożności ML SYSTEM w tym miejscu podkreśla, iż przedstawiona powyżej, na okoliczność celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, argumentacja, niezbitnie dowodzi także innego faktu - tj., iż oferowany moduł nie posiada wymaganej odporności na obciążenie śniegiem. Z uwagi na powyższe, Spółka nie powinna otrzymać z ww. tytułu dodatkowych punktów, w żadnym z subregionów.

Podkreślić nadto należy, iż badania, na które powołuje się HYMON, nie były przeprowadzone w zgodzie z aktualnymi standardami. Żaden przedłożony przez HYMON dokument nie potwierdza, by testy dotyczące maksymalnego obciążenia modułów przeprowadzone były zgodne były z aktualnymi, tj. obowiązującymi na dzień dzisiejszy, normami.

Zamawiający ww. okoliczności należycie nie zweryfikował oraz jej nie potwierdził, pomimo, iż przedłożony przez HYMON dokument, oznaczony jako "Technical Report No. 70.406.19.095.18", odwołuje się do już nieaktualnych norm IEC 61730-1:2004 (First Edition) + A1:2011 + A2:2013. Przeprowadzone na ww. okoliczność testy, których wykonanie nie odpowiadało obecnie obowiązującym standardom, nie mogą być zatem uznane za wiarygodny dowód dla udowodnienia dodatkowo punktowanych kryteriów. Co istotne, Zamawiający w treści SIWZ wymagał, by oferowane produkty były zgodne z aktualnymi normami, stąd też odstępianie od ww. wymogu na potrzeby akceptacji "nieaktualnych badań" także należy uznać za uchybienie.

Uzasadnienie zarzutu zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego Spółki HYMON pomimo podania przez nią nieprawdziwych informacji dotyczących parametrów oferowanego falownika SOFAR SOLAR11KTL-X względnie, nieodrzczenia Oferty HYMON, jako



niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na niespełnienie przez oferowany falownik wymaganych wartości.

Dodatkowo ML SYSTEM zarzuca, iż nawet niepotwierdzenie ww. okoliczności przedstawienia w sposób celowy informacji nieprawdziwych nie niweczy faktu, iż zaproponowany przez Spółkę HYMON falownik nie spełnia kryteriów określonych na stronie 18 szczegółowej specyfikacji technicznej dla paneli fotowoltaicznych ("wymogi dla instalacji > 3 kWp oraz < 10 kWp 3-9 kVA"), co uzasadnia także odrzucenie Oferty jako sprzecznej z SIWZ. Moc wyjściowa ww. falownika jest bowiem znacznie wyższa niż moc maksymalna, dopuszczona przez Zamawiającego.

Wyjaśniając powyższe wskazuję, iż ww. Spółka, w poz. oznaczonej 16, 40, 41 - dla ofertowanej instalacji 9,75 kWp zaproponowała falownik SOFAR SOLAR 11KTL-X , co narusza wymogi SIWZ określone dla instalacji z 3 kWp oraz < 10 kWp, które mają być wyposażone w falownik o mocy wyjściowej 3 -9 kVA - zgodnie z modyfikacją siwz z dnia 07.10.2019 dotyczącą SST - panele fotowoltaiczne.

Zgodnie z oświadczeniem producenta Sofar Solar, które Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 13 listopada 2019 r., falowniki Sofar Solar 11 KTL-X posiadają moc znamionową (wyjściową) 10.000VA oraz moc maksymalną (wyjściową) mniejszą niż 10.000VA, stąd też nie można ich zakwalifikować jako urządzenia posiadającego moc znamionową (wyjściową) mniejszą niż 10.000VA. Nie istnieją także rozszerzone wersje falownika Sofar Solar 11 KLT-X posiadające mniejszą moc wejściową niż wyżej podana.

Dowód: Pismo producenta Sofar Solar

Deklarowana przez HYMON możliwość ograniczenia ww. mocy pozostaje w tym kontekście całkowicie bez znaczenia. Innymi słowy - fakt możliwości regulacji mocy falownika w zakresie 0- 100%, a więc w zakresie do 10 kVA, nie zmienia faktu, że przy regulacji 0% wynosi moc wynosi 10kVA, a Zamawiający wyraźnie zapisał że max. moc wyjściowa ma być nie większa niż 9kVA. Jest to ewidentne naruszenie SIWZ.

Zamawiający wymagał precyzyjnie, aby moc wyjściowa znajdowała się w zakresie 3-9 kVA. Nie wyższym, i nie niższym, niż ww. wartości. Powyższe ograniczało możliwość użycia w ramach zamówienia niektórych modeli falowników, o mocy wyjściowej leżącej poza ww. zakresem, a w konsekwencji, rzutowało finalnie na cenę ofert.

Podawanie mocy znamionowych i maksymalnych w kartach katalogowych jest jednoznaczne i ma na celu umożliwienie identyfikacji produktu oraz jego właściwego doboru do warunków technicznych. Przyjęcie za słuszne argumentacji HYMON, iż moc może być w rzeczywistości

ograniczona, doprowadziłoby do dopuszczenia - wbrew woli Zamawiającego, jakichkolwiek falowników, gdyż moc każdego z nich może być zredukowana.

Dostępność na rynku falowników o różnych mocach - przykładowo - falowników marki Sofar 8.8KTL-X o mocy znamionowej wyjściowej 8kW i mocy wyjściowej max. 8,8 kVA, Sofar 6.6KTL-X o mocy znamionowej wyjściowej 6kW i mocy wyjściowej max. 6,6 kVA itd. ma jednak swoje uzasadnienie, i oczekiwania Zamawiającego, co do maksymalnych parametrów moc, były uzasadnione.

W ocenie Odwołującego, wymaganie Zamawiającego określone jako „moc wyjściowa w zakresie 3-9 kVA” miało na celu ochronę prosumenta przed dodatkowymi kosztami, a wynikającymi z faktu że Zakład Energetyczny określając możliwość przyłączenia instalacji PV do sieci bierze pod uwagę moc modułów fotowoltaicznych oraz moc wyjściową znamionową i maksymalną falowników, które to wartości są wymagane we wniosku przyłączeniowym zgodnie z karta katalogową falownika.

Dowód: Przykładowy wniosek przyłączeniowy,

Treść karty katalogowej oferowanego falownika jednoznacznie wskazuje że dla w w. produktu wyjściowa moc znamionowa wynosi 10 kW i wyjściowa mocy max. 11 kVA. Zastosowanie falownika Sofar 11KTL-X o wyjściowej mocy znamionowej 10 kW i wyjściowej mocy max. 11 kVA obciążać będzie beneficjentów projektu dodatkowymi kosztami związanymi z koniecznością zwiększenia mocy przyłączeniowej do budynku (moc falownika będzie większa od mocy przyłącza energetycznego budynku), gdyż dla domów jednorodzinnych w zdecydowanej większości moc przyłączeniowa mieści się w granicach do 7 lub 9 kW. Dodatkowo zakład energetyczny może wymagać przeprojektowania i przebudowy przyłącza energetycznego Beneficjenta do nowej zwiększonej mocy. Powyższe obciążać będzie beneficjentów projektu do dodatkowych wydatków, prawdopodobnie nie ujętych we wniosku o dofinansowanie. Użycie zaoferowanego przez HYMON urządzenia niewątpliwie negatywnie wpłynie na sposób realizacji kontraktu.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie powinien odstępować od postawionych w treści SIWZ wymogów ani też liberalizować ich na etapie oceny ofert Skoro SIWZ nie dopuszcza falowników o mocy wyjściowej wyższej jak 10 kW, to według tego kryteriów oferty powinny być weryfikowane.

Uzasadnienie zarzut błędnego wezwania NEOSTAR do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przyznania dodatkowej punktacji, a w konsekwencji, czynności polegającej na przyznaniu ofercie złożonej przez NEOSTAR. w ramach kryterium "parametry techniczne".

Jeżeli chodzi o drugą z ofert, której poprawność Odwołujący także kwestionuje, podkreślić przede wszystkim należy, iż informacje stanowiące podstawę przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy pzp. Oświadczenie wykonawcy co do elementów oferty objętych jednym z kryteriów oceny ofert ma bowiem wyjątkowo istotne znaczenie, gdyż przyczyniając się do uplasowania oferty na danym miejscu w rankingu ofert, wywiera bezpośredni wpływ na wybór wykonawcy.

Celem uzasadnienia ww. stanowiska jedynie przykładowo wskazać należy na treść uzasadnienia Orzeczenia KIO z 22 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 290/17), w którym Izba uznała wyraźnie, iż „treść oferty w zakresie podlegającym punktacji w ramach oceny ofert nie podlega uzupełnieniu w ramach art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. DOZ. 2164 ze zm.) (a nawet jeśli z jakichś przyczyn dokumenty były uzupełniane, nie dopuszczało się aby skutkowało to przyznaniem ofercie jakichkolwiek dodatkowych punktów), zaś jej ewentualne wyjaśnienie w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy wprawdzie nie jest wykluczone, ale musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty, w tym także jej niedozwolonego uzupełnienia. Nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty, w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów. Część oferty podlegająca punktacji jest bowiem szczególnie wrażliwa, gdyż prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, które następnie skutkuje wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości” (...) Identyczne stanowisko przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 763/17).

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż Spółka ta nie uzupełniła żądanych przez Zamawiającego dokumentów w terminie do dnia 25.11.2019 r oraz - na ponowne wezwanie, kolejno, w terminie do dnia 06.12.2019. Wyjaśniając powyższe ML SYSTEM podaje, iż w folderze o nazwie: "wezwania\_13\_II\_19 znajduje się „wezwanie do złożenia dokumentów\_07.11.2019\_Neostar Energy - na wezwaniu data 12.11.2019" . Na podstawie tego wezwania NEOSTAR został wezwany do złożenia dokumentów do dnia 25.11.2019 r. Z udostępnionej korespondencji wynika, że NEOSTAR nie złożył dokumentów na wezwanie i w folderze : wezwanie\_26\_II\_19\_eco\_team'\_neostar\_energy znajduje się plik: "neostar-ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów a treści jest wezwanie do złożenia dokumentów - z terminem do dnia 06.122019.W folderze : odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 11 19 eco team neostar Energy - nie ma jednak wyjaśnień złożonych przez Noestar, co sugeruje, że dokument taki w ww. dacie do Zamawiającego nie wpłynął. Natomiast w udostępnionym wykonawcom folderze: "odpowiedzi na wezwanie z dnia

28\_11\_19" znajduje się podfolder o nazwie "neostar\_ uzupełnienia z dnia 06.12" - i w tymże folderze znajdują się dokumenty na wezwanie, ale oprócz tego, dodatkowe skany innych dokumentów. Wśród tych plików Zamawiający udostępnił dokumenty o nazwie "TUV+ tłumaczenie.pdf i "TUV tłumaczenie przysięgłe". Tych dokumentów nie ma w folderze "Neostar .uzupełnienia z dnia 06.12", więc prawdopodobnie nie zostały złożone w ww. dacie. Co przy tym istotne, ww. dokumenty zostały podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym przez ww. firmę w dniu 12.12.2019 r., co potwierdza w sposób niebudzący wątpliwości, iż przed tą datą, a w zasadzie do dnia 6.12.2019 r., zamawiający ww. dokumentem nie dysponował.

Powyższe także świadczy o uchybieniu Zamawiającego w toku badania i oceny ofert.

Uzasadnienie zarzutu przyznania błędnej ilości pkt. za "zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" (10 pkt) oraz za "panele fotowoltaiczne z dodatkową odpornością na amoniak i mgłę solna" (5 pkt)

Już tylko na marginesie Odwołujący wskazuje, iż NEOSTAR nie udowodniła spełnienia przez oferowany produkt wymaganych kryteriów, tak co do obciążenia śniegiem, jak i odporności na amoniak, przedstawiając jedynie oświadczenie producenta. Zamawiający wyraźnie w treści SIWZ wymagał, by na udowodnienie ww. okoliczności Wykonawca przedłożył odpowiedni certyfikat, stąd też przyznanie ww. Spółce punktów w ramach tychże kryteriów stanowi istotne uchybienie.

Wyjaśniając powyższe przypomnieć należy, iż Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał zgodności modułu z normą IEC 61215 oraz IEC 61730, potwierdzonej certyfikatem wydanym przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli Wykonawca oferuje taki produkt Zamawiający wymaga certyfikatu potwierdzającego także zwiększoną odporność na obciążenie powyżej 7500 Pa. Dodatkowo, Zamawiający wymagał przedłożenia certyfikatu potwierdzającego odporność modułu na atmosferę amoniaku oraz mgły solnej, jeżeli Wykonawca oferuje taki produkt. W przypadku Firma NEOSTAR zaoferowała produkt o zadeklarowanej obciążalności 8000 Pa oraz odporny na atmosferę amoniaku oraz mgły solnej zyskując dodatkowe 15 punktów zgodnie z kryterium oceny, którym posługiwał się Zamawiający.

Na poświadczenie spełnienia ww. warunków firma NEOSTAR nie przedstawiła jednak wymaganych certyfikatów w rozumieniu art. 30 b ustawy Pzp. W myśl przepisów Zamawiający wymagając przedstawienia certyfikatu oceniającego zgodność z wymogami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia zobowiązany jest przyjąć jako środek dowodowy potwierdzającego zgodność jedynie sprawozdanie z badań wykonane przez jednostkę oceniającą zgodność. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę

wykonywając działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu. W myśl przytoczonych przepisów niedopuszczalne jest przyjęcie w tej sprawie oświadczenia lub bez potwierdzenia zawartych w nich parametrów stosownymi badaniami wykonanymi przez jednostkę oceniającą zgodność.

Dokumentacja przedstawiona przez Neostar Green Energy w zakresie odporności na mgłę solną, amoniak oraz zadeklarowaną obciążalność 8000Pa opiera się całkowicie na oświadczeniu producenta i nie jest potwierdzona przez żadną jednostkę oceniającą zgodność. Ponadto oświadczenia producenta nie są nawet opatrzone stosownym podpisem osoby odpowiedzialnej.

Jedynym dokumentem wydanym przez jednostkę oceniającą zgodność jest certyfikat numer PV 50370951 001 wydany przez TUV Rheinland Korea Ltd. Przedstawiony certyfikat dotyczy zgodności z normą IEC 61215 oraz IEC 61730. Nie dotyczy zaś odporności na mgłę solną czy amoniak (odpowiednio normy IEC 61701 oraz IEC 62716). Ponadto, z przedstawionego certyfikatu wynika, iż moduł posiada obciążenie 5400Pa, nie zaś 8000 Pa jak deklaruje NEOSTAR.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione fakty wnioskować należy, że moduł oferowany przez NEOSTAR nie posiada obciążalności mechanicznej na poziomie 8000 Pa, nie posiada odporności na atmosferę mgły solnej oraz nie posiada odporności na atmosferę amoniaku. Przyznanie Spółce dodatkowych punktów w ramach ww. kryteriów było zatem działaniem wadliwym.

Uzasadnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty NEOSTAR w ramach części A. dla subregionu Tarnowskiego pomimo, iż Oferta ta sprzeczna była z treścią SIWZ. która nie dopuszczała różnic cenowych pomiędzy instalacją montowaną na gruncie od instalacji na dachu obiektu, przekraczających 110 %.

Niezależnie od powyższego ML SYSTEM podnosi, iż arytmetyczne zestawienie podanych przez Oferenta wartości wskazuje, że ceny instalacji na gruncie są wyższe niż 110 % wartości ceny na dachu, co dyskredytuje ofertę dla ww. zadania w całości.

I tak, zwrócić uwagę należy, iż:

- podana pod pozycją 25 i 26: cena instalacji na dachu wynosi 12 314zł, na gruncie 13 979zł. Cena na gruncie jest większa niż 110 % ceny na dachu (113,5 0/0);

- podana pod pozycją 27 i 28: cena instalacji na dachu wynosi 13 727zł, na gruncie 15 464zł. Cena na gruncie jest większa niż 110 % ceny na dachu (112,6 0/0);

- podana pod pozycją 29 i 30: cena instalacji na dachu wynosi 15 231zł, na gruncie 16 852zł. Cena na gruncie jest większa niż 110 % ceny na dachu (110,6 0/0);

- podana pod pozycją 32 i 33: cena instalacji na dachu wynosi 17 196zł, na gruncie 19 106zł. Cena na gruncie jest większa niż 110 % ceny na dachu (111,1 0/0);

- podana pod pozycją 34 i 35: cena instalacji na dachu 20 270zł, na gruncie 22 333zł. Cena na gruncie jest większa niż 110 % ceny na dachu (110,1 0/0);

- podana pod pozycją 36 i 37: cena instalacji na dachu wynosi 22 681zł, na gruncie 25 915zł. Cena na gruncie jest większa niż 110 % ceny na dachu (114,2 0/0);

Odwołujący w tym miejscu wskazuje, iż nie będzie odnosił się do przyczyn ww. rozbieżności podanych przez Wykonawcę który został wezwany przez Zamawiającego do wytłumaczenia ww. różnic. Jakkolwiek są one nielogiczne i niespójne, to i tak pozostają w sprawie bez znaczenia. Zamawiający narzucił pewien sposób kalkulacji ceny, i skoro określone w treści SIWZ ograniczenie procentowe nie zostało zaskarżone, było ono wiążące dla każdego Oferenta. Odstąpienie od ww. wymogu, przez Zamawiającego, po terminie składania ofert, i dopuszczenie kalkulacji cenowych o wartości przekraczających 110 % różnicy, było po prostu błędne.

Także zatem i z uwagi na ww. sprzeczność z treścią SIWZ, Oferta NEOSTAR winna zostać odrzucona.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosi jak na wstępie.

Odpowiedź zamawiającego z dnia 9 stycznia 2020r.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający prawidłowo dokonał poprawy oznaczenia modułu z "Ulica Solar UL-325M-S" na "Ulica Solar UL-325M-60" z następujących powodów.

W złożonym formularzu ofertowym wykonawca HYMON wskazał na moduł „Ulica Solar UL-325 M-60” (pkt. 5). Następnie na wezwanie Zamawiającego z dnia 12.11.2019 r., przesłał m.in. dokumenty w postaci Certyfikatów do zaoferowanego urządzenia z modułem „Ulica Solar UL-325M-60”. Faktem, jest, iż z kolei w formularzach cenowych HYMON wskazał na moduł „Ulica Solar UL-325M-S”. Niemniej jednak dla Zamawiającego oczywistym było, że skoro w formularzu ofertowym oraz w dokumentach przesłanych na potwierdzenie spełnienia warunków wskazany jest moduł „Ulica Solar UL-325M-60”, to taki właśnie wykonawca

zaoferował i należy w tym przypadku skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, co zostało uczynione za pismem z dnia 28.11.2019 r.. Z kolei sam fakt wpisania ponad dwieście razy oznaczenia jak się okazało w ogóle nieistniejącego w rzeczywistości modułu „Ulica Solar UL-325M-S”, wynikało z bardzo prozaicznego i obecnie najczęstszego błędu powstającego poprzez korzystanie z opcji „kopiuj wklej”.

Dowód: 1) Pismo Zamawiającego z dnia 12.11.2019 r. 2) odpowiedź HYMON z dnia 22.11.2019 r., wraz z załącznikami, 3) Pismo Zamawiającego z dnia 28.11.2019 r., 4) Pismo HYMONA z 29.11.2019 r. — zgoda na poprawienie omyłki.

Zamawiający prawidłowo przyznał HYMON w ramach kryterium "parametry techniczne - zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" (pkt. XII ppkt. 2. cz. A. lp. 2 lit. b SIWZ.) w Części A, dla każdego z subregionów, Ofercie Złożonej przez HYMON - 10 pkt., a w konsekwencji, na przyznaniu w ramach kryteriów oceny Ofert, ww. Spółce, kolejno dla każdego z ww. subregionów, 95,27 pkt, 95,46 pkt., 95,54 oraz 92 pkt. W złożonym formularzu ofertowym HYMON oświadczył, iż zaoferowane przez niego panele będą spełniać kryterium maksymalnego obciążenia od śniegu ponad 7500 Pa. W dniu 12.11.2019 r., Zamawiający wezwał HYMON do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie warunków dodatkowych określonych w SIWZ. W odpowiedzi na to wezwanie 22.11.2019 r., HYMON przesłał do Zamawiającego dokumenty w tym Kartę Katalogową dla zaoferowanych modułów UL-325M-60 z której wynika, że zaproponowany panel fotowoltaiczny posiada odporność mechaniczną na obciążenie śniegiem w wysokości 8.000 Pa. Dowód:1) Pismo Zamawiającego z dnia 12.11.2019 r. 2) odpowiedź HYMON z dnia 22.11.2019 r., wraz z załącznikami,

Zamawiający prawidłowo wezwał NEOSTAR do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przyznania dodatkowej punktacji, a w konsekwencji, prawidłowo przyznał ofercie złożonej przez NEOSTAR, w ramach kryterium "parametry techniczne ", "zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" (pkt. XII ppkt. 2. cz. A. lp. 2 lit. b SIWZ.) w części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego, dodatkowych 10 pkt, oraz - "panelefotowoltaiczne z dodatkową odpornością na amoniak i mgłę solną " (pkt. XII ppkt. 2.cz. A. lp. 2 lit. c SIWZ.), w części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego, dodatkowych 5 pkt a w konsekwencji, na błędnym przyznaniu Ofercie NEOSTAR, w ramach w/w zadań, kolejno 94,21 oraz 94,55 pkt. W dniu 12.11.2019 r., Zamawiający wezwał NEOSTAR do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w terminie do 25.11.2019 r., jednakże odpowiedź z żądanymi dokumentami nie została złożona w określonym terminie. Dlatego też Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę za pismem z dnia 26.11.2019 r. zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp, który

wskazuje „Jeżeli wykonawca nie złożył (. . . ) 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.” Na kolejne odwołanie NEOSTAR złożył wymagane dokumenty w zakreślonym terminie.

Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia HYMON, z prowadzonego postępowania w zakresie Części A, dla każdego z subregionów.

Odnosnie Raportu z badań nr 70.406.19.095.18 z dnia 24.10.2019 r., wskazać należy, iż HYMON za pismem z dnia 22.11.2019 r., przesłał Zamawiającemu przedmiotowy Raport techniczny wraz tłumaczeniem oraz pismem przewodnim od Producenta, gdzie w tabeli 3.5.: MQT 16 Test statycznego obciążenia mechanicznego, w rubryce — Czas trzeciego cyklu (początek/koniec) wskazano — 13:58/14:58 (8000Pa). Dowód: Raport techniczny z dnia 24.10.2019 r.

Odnosnie parametrów oferowanego falownika SOFAR SOLAR 11KTL-X, a w szczególności posiadanej przez niego mocy wyjściowej mniejszej niż 10.000VA, wskazać należy na następujące okoliczności.

Zamawiający po otrzymaniu pisma od Odwołującego się z dnia 13.11.2019 r., wystąpił do HYMOIN z pismem z dnia 28.11.2019 r., o wyjaśnienie podniesiony w piśmie Odwołującego zarzutów w tym m.in. mocy wyjściowej oferowanego falownika. W przesłanej w dniu 4.12.2019 r., odpowiedzi HYMON wyjaśnił, iż oferowane przez wykonawcę urządzenie posiada regulowany parametr mocy wyjściowej. Ponadto oferowane przez Wykonawcę urządzenie zostanie wyposażone w falownik w którym zostanie na etapie produkcji, obniżony przedmiotowy parametr do oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu 9kVA. Na potwierdzenie powyższego HYMON przedstawił oświadczenie producenta Sofa Solar.

Ponadto HYMON zwrócił uwagę, iż dokumenty którymi posługiwał się Odwołujący zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną na dowód czego przedstawiono kolejne oświadczenie producenta Sofa Solar. Dowód: 1) Pismo Zamawiającego z dnia 28.11.2019 r. 2) odpowiedź HYMON z dnia 04.12.2019 r., wraz z załącznikami.

Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia NEOSTAR z postępowania w ramach Części A, dla subregionu Tamowskiego i Miechowskiego.



W złożonym formularzu ofertowym NEOSTAR oświadczył, iż zaoferowane przez niego panele będą spełniać kryterium maksymalnego obciążenia od śniegu ponad 7500 Pa oraz będą miały zwiększoną odporność na oddziaływanie mgły solnej jak i amoniaku. W dniu 26.11.2019 r., Zamawiający ponownie wezwał firmę NEOSTAR do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie warunków dodatkowych określonych w SIWZ. W odpowiedzi na to wezwanie 12.12.2019 r., NEOSTAR przesłał do Zamawiającego dokumenty w tym Kartę Katalogową dla zaoferowanych modułów typu NCS6BM 315 oraz trzy certyfikaty firmy Nice Sun z których wynika, że zaproponowane panele fotowoltaiczne posiadają odporność mechaniczną na obciążenie śniegiem w wysokości 8.000 Pa oraz są odporne na działanie amoniaku i mgły solnej. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający nie określił w swoim wezwaniu jaką znormalizowaną formę mają przyjąć żądane certyfikaty, a przedstawione przez NEOSTAR dokumenty potwierdzają przedmiotowe parametry. Dowód: 1) Pismo Zamawiającego z dnia 26.11.2019 r. 2) odpowiedź NEOSTAR z dnia 12.12.2019 r., wraz z załącznikami.

Zamawiający prawidłowo dokonał poprawy oczywistej omyłki w treści Oferty NEOSTAR, poprzez wpisanie do Oferty w miejsce słów: "SofarSolar 2000 TL" - poprawnej nazwy SofarSolar 2200 TL.

Zamawiający pismem z dnia 13.11.2019 r., został przez Odwołującego poinformowany, iż nie istnieje falownik o oznaczeniu "SofarSolar 2000 TL", w konsekwencji czego Zamawiający wezwał NEOSTAR o wyjaśnienie przedmiotowej kwestii. W odpowiedzi uzyskał wyjaśnienie, iż użycie oznaczenia "SofarSolar 2000 TL" było efektem oczywistej omyłki pisarskiej, a wszelkie wyliczenia i parametry techniczne były przyjęte dla modelu falownika "SofarSolar 2200 TL". Dowód: 1) Oferta wraz z formularzami cenowymi NEOSTAR, 2) Pismo Odwołującego z dnia 13.11.2019 r., 3) Pismo Zamawiającego z dnia 28.11.2019 r. 4) odpowiedź NEOSTAR z dnia 30.11.2019 r.

Zamawiający zasadnie przyjął, iż zaistniała omyłkę pisarską można uznać jako oczywistą, a samo błędne oznaczenie falownika co do jednej cyfry w 4 pozycjach formularza cenowego, nie ma wpływu na treść jak i cenę złożonej oferty.

Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty NEOSTAR w ramach części A, dla subregionu Tamowskiego i Miechowskiego. Odwołujący się zarzuca Zamawiającemu, iż nie dokonał odrzucenia ofert w zakresie części A, dla subregionu Tarnowskiego oraz Miechowskiego powołując się na przekroczenie 110% różnic cenowych pomiędzy instalacją montowaną na gruncie od instalacji na dachu obiektu, gdzie przekroczenie to miało miejsce jedynie w ofercie dla subregionu Tarnowskiego. Nie wiadomym jest Zamawiającemu dlaczego ta okoliczność miałaby skutkować odrzuceniem oferty co do subregionu

Miechowskiego gdzie takiego przekroczenia nie było. Po drugie, należy z całą stanowczością podkreślić, co całkowicie pomija Odwołujący się, że Zamawiający prowadził postępowanie przetargowe w oparciu o art. 24aa Pzp, co oznacza, iż nie miał obowiązku ani potrzeby badania ofert z drugiego miejsca w tym zakresie, a firma NEOSTAR w subregionie Tarnowskim w którym nastąpiło przekroczenie 1 zajęła drugie miejsce w klasyfikacji złożonych ofert. Należy mieć też na uwadze w niniejszym przypadku, iż Zamawiający nie przewidział sankcji odrzucenia oferty wykonawcy, który nie zastosował się do tego pouczenia albowiem traktował ten zapis jako instruktażowy mający na celu zapobieżenie zdecydowanej rozbieżności cenowej takich samych instalacji montowanych u Beneficjentów a jedynie różniących się miejscem ich zamontowania.

NEOSTAR uzupełnił dokumenty na wezwanie Zamawiającego w zakreślonym mu ponownie terminie. Odnośnie drugiego wezwania wykonawcy, Zamawiający przedstawił już swoją argumentację w niniejszej odpowiedzi.

Ponadto dokumenty na które wskazuje Odwołujący się tj. "TUV +tłumaczenie.pdf" i "TUV tłumaczenie przysięgłe" datowane na dzień 12.12.2019 r., stanowią jedynie tłumaczenie na język polski złożonych w wersji oryginalnej (w języku angielskim) dokumentów w wyznaczonym wykonawcy terminie, które to tłumaczenie NEOSTAR przesłał bez dodatkowego wezwania ze strony Zamawiającego. Oczywistym przy tym jest dla Zamawiającego, iż z takiego powodu jak późniejsze przesłanie samego tekstu tłumaczenia wcześniej złożonego dokumentu nie może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Mając powyższe na uwadze zamawiający o oddalenie odwołania w całości.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.**

##### **Co do interesu w uzyskaniu zamówienia (art.179 ust.1 ustawy Pzp.)**

Odwołanie złożone przez odwołującego spółkę ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu zwaną dalej też „ML System” dotyczy dwóch ofert, których zamawiający w ocenie odwołującego nie odrzucił mimo ich sprzeczności z treścią siwz. Tymi ofertami są oferty spółki Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą Tarnowie zwana dalej też „HYMON” i spółki Neostar Green Energy Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi zwana dalej też „NEOSTAR”.

Odwołanie złożone w związku z nie odrzuceniem oferty HYMON obejmuje wszystkie cztery subregiony to jest Tarnowskie, Wielickie, Olkuskie i Miechowskie w części A, które to części obejmują zamówienia na zestawy fotowoltaiczne do wytwarzania energii elektrycznej.

Zgodnie z zawiadomieniem z dnia 12.12.2019 r. zamawiający w trzech subregionach wybrał jako najkorzystniejszą ofertę spółki HYMON to jest w subregionach: Tarnowskim, Wielickim, Olkuskim. W subregionie Miechowskim jako najkorzystniejszą ofertę wybrał zamawiający ofertę spółki NEOSTAR, przy czym w tym subregionie oferta HYMON uplasowała się na drugiej pozycji. Natomiast oferta odwołującej się spółki ML System uplasowała się w subregionach: Tarnowskim, Wielickim, Olkuskim na drugiej pozycji czyli zaraz za ofertą wybranej spółki HYMON. Natomiast w subregionie Miechowskim ML System uplasowała się na trzeciej pozycji po wybranej ofercie spółki NEOSTAR i znajdującej się na drugiej pozycji spółki HYMON. W tym stanie rzeczy odwołujący podważa oferty poprzedzających jego wykonawców, których oferty uplasowały się w rankingu ofert na wyższym poziomie niż jego oferta. Zarzuty i żądania odwołania zmierzają do dyskwalifikacji ofert HYMON i NEOSTAR co w przypadku ich uwzględnienia spowoduje, że oferta odwołującego ML System będzie najkorzystniejszą (części A moduły fotowoltaiczne we wszystkich czterech subregionach: Tarnowskim, Wielickim, Olkuskim Miechowskim). W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, że odwołujący ML System ma prawo do środka ochrony prawnej to jest odwołania, ponieważ wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, co wyczerpuje art.179 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania zakwestionowanych ofert wykonawców:

Zarzuty wobec Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą Tarnowie (HYMON)

**1) Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1,2, 3 i 8, art.84 ust.1 w zw. z art.87ust.2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.**

HYMON zaoferował w treści złożonej oferty alternatywne dwa moduły fotowoltaiczne, tj. moduł oznaczony nazwą "Ulica Solar UL325M-60" (jeden raz w załączniku nr 1 to jest w formularzu ofertowym) oraz "Ulica Solar UL-325M-S" (ponad 200 razy w załączniku nr 1A to jest w formularzu cenowym), co świadczy o niejednoznaczności złożonej oferty z sugestią, że HYMON złożył alternatywną ofertę (formularz cenowy), nie wynikającą z oferty katalogowej producenta, ale przygotowywaną indywidualnie na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust.1 ustawy Pzp w związku z procedurą przetargu opartą o art.24 aa i art.25 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp. HYMON przedłożył dokumenty przedmiotowe dla modułu "Ulica Solar UL- 325M-60". Zarzuty odwołującego sprowadzają się do krytyki czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu omyłki w formularzu cenowym to jest z "Ulica Solar UL-325M-S" na "Ulica Solar UL- 325M-60" ujętej w formularzu ofertowym z potraktowaniem zaistniałej rozbieżności jako omyłki pisarskiej i przyznaniem punktów w kryteriach oceny oferty.

Zdaniem odwołującego ww. dwoistość oznaczenia modułu mogła być celowa, gdyż HYMON długo czekał na wyniki badań co do odporności obciążenia śniegiem i dopiero,

jak wyniki się potwierdziły zdecydował, że w takim razie oferuje "Ulica Solar UL325M-60", uzyskując dodatkowe punkty w kryteriach oceny ofert (zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa). Odwołujący wskazuje na niedopuszczalność poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

#### Izba ustaliła i zważyła

(Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.)

HYMON w formularzu ofertowym wskazał: "Ulica Solar UL325M-60" i złożone na wezwanie dokumenty przedmiotowe również dotyczyły modułu o tej samej nazwie. Natomiast w formularzach cenowych wpisał: "Ulica Solar UL-325M-S". Należy zgodzić się, że zarówno formularz ofertowy, jak i formularz cenowy stanowią treść oferty, co potwierdzają postanowienia siwz. Niemniej jednak w sytuacji, gdy zachodzi sprzeczność w treści oferty wykonawcy, zamawiający ma obowiązek rozważyć, czy można ją poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W tym wypadku zamawiający zobowiązany był stwierdzić, że powyższa sprzeczność stanowi omyłkę wykonawcy HYMON, ponieważ moduł o nazwie "Ulica Solar UL-325M-S" nie istnieje (co nie jest sporne pomiędzy stronami). Zatem nie mogło być intencją wykonawcy oferowanie modułu nieistniejącego a twierdzenia odwołującego o takiej możliwości nie zostały udowodnione (twierdzenie odwołującego o modelu przygotowywanym specjalnie na przedmiotowe zamówienie nie zostało udowodnione). W formularzu ofertowym HYMON wyraźnie wskazał "Ulica Solar UL325M-60", czyli moduł jak najbardziej istniejący a co jest bezsporne między stronami. Zamawiający nie musiał więc domniemywać, jaki inny moduł zamiast "Ulica Solar UL-325M-S" oferuje HYMON, spośród innych modułów katalogowych producenta, gdyż z formularza ofertowego (potwierdzonego później dokumentami przedmiotowymi) wiedział, że oferowany jest "Ulica Solar UL325M-60". W świetle powyższego należy uznać, że zamawiający zobowiązany był poprawić ww. sprzeczność w ofercie HYMON jako oczywistą omyłkę pisarską (art.87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp) i dostosować treść formularzy cenowych do treści formularza ofertowego i dokumentów przedmiotowych przez wpisanie "Ulica Solar UL325M-60" z ewentualnym uprzednim zastosowaniem art.87 ust.1 ustawy Pzp. Reasumując, powyższy zarzut nie potwierdził się i w tym zakresie oferta HYMON nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisów wskazanych w odwołaniu. Jedynie na marginesie należy wyjaśnić, że powyższej omyłki wykonawcy HYMON nie można uznać za tzw. „inną omyłkę”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie zachodzi w tym wypadku niezgodność treści oferty z treścią siwz. Powyższe stwierdzenie wynika z korespondencji zamawiającego z HYMON prowadzonej w dniach 28.11.2019 r. i 29.11.2019r. prowadzonej w procedurze art.89 ust.1 pkt 7 w zw. z art.87 ust.2 pkt 3)

ustawy Pzp., gdzie HYMON wyraził zgodę na poprawienie omyłki co do modułu fotowoltaicznego na Ulica Solar UL-325M-60. Niemniej bez względu na formułę prawną prowadzonej korespondencji liczy się efekt to jest poprawienie formularzy cenowych w związku z omyłką pisarską. W związku z powyższym zarzut nie potwierdził się.

**2) Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 30 b, art.91 ust.1, art.36 ust.1 pkt 13, ustawy Pzp w związku z pkt XII ppkt 2 cz.A lp.2 lit b specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Kryterium oceny ofert: "parametry techniczne – zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" (pkt. XII ppkt. 2.cz. A. lp. 2 lit. b SIWZ.) w części A, dla każdego z 4 subregionów (Tarnowski, Wielicki, Olkuski, Miechowski). HYMON nie przedstawił rzetelnych i wymaganych treścią SIWZ dowodów potwierdzających te właściwości, a mimo to dostał za tę właściwość punkty w kryterium (10 pkt).

Badania, na które powołuje się HYMON, nie były przeprowadzone w zgodzie z aktualnymi standardami. Żaden przedłożony przez HYMON dokument nie potwierdza, by testy dotyczące maksymalnego obciążenia modułów przeprowadzone były zgodne były z aktualnymi normami.

Zamawiający ww. okoliczności należycie nie zweryfikował oraz jej nie potwierdził pomimo, że przedłożony przez HYMON dokument, oznaczony jako "Technical Report No. 70.406.19.095.18", odwołuje się do już nieaktualnych norm IEC 61730-1:2004 (First Edition) + A1:2011 + A2:2013. Przeprowadzone na ww. okoliczność testy, których wykonanie nie odpowiadało obecnie obowiązującym standardom, nie mogą być zatem uznane za wiarygodny dowód dla udowodnienia dodatkowo punktowanych kryteriów. Co istotne, Zamawiający w treści SIWZ wymagał, by oferowane produkty były zgodne z aktualnymi normami, stąd też odstępianie od ww. wymogu na potrzeby akceptacji "nieaktualnych badań" także należy uznać za uchybienie.

Izba ustaliła i zważyła

(Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.)

Odwołujący konsekwentnie na poparcie zarzutu nieuprawnionego przyznania HYMON pkt 10 za ponadnormatywne obciążenie śniegiem paneli przywołuje Rozdz. XII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował, przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów. Ta regulacja zamawiającego wyczerpuje przewidzianą regulację ustawową z art.36 ust.1 pkt 13) zgodnie z którą specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Poszukując w siwz sposobu oceny

ofert w tym kryterium należy poddać analizie prawnej zapisy w tym rozdziale (XII siwz) pkt 4 (punkty za kryterium parametry techniczne). Punkty za kryterium parametry techniczne dla części, których dotyczy w ramach subregionów będą przyznawane w następujący sposób 1) w zakresie części A (panele fotowoltaiczne) lit. b) za zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7 500 Pa, oferta otrzyma 10 punktów. Porównawczo należy w tym miejscu nadmienić, że niżej to jest lit.) c dla odporności na amoniak i mgłą solną siwz wymaga potwierdzenia certyfikatem a takiego sposobu oceny ofert nie zapisano w lit. b) – obciążenie śniegiem. Tym samym do oceny prawidłowości przyznania punktów za obciążenie śniegiem pozostaje zwrot „zaoferowanie”. W tym miejscu należy zbadać treść formularza ofertowego HYMON to jest pkt 2 odnoszący się do parametrów technicznych ppkt 1) dla części nr A podwyższone parametry techniczne w zakresie: - zastosowanie paneli o większym obciążeniu - tak/nie Hymon wybrał tak. W tym stanie rzeczy postanowienia siwz są wyczerpujące i ograniczają zamawiającego i oferentów w zakresie sposobu oceny ofert do przedmiotowego kryterium do ww punktu formularza ofertowego. W związku z tym dalsze dywagacje odwołującego ML System i przedłożone dowody na okoliczność, że badania, na które powołuje się HYMON, nie były przeprowadzone w zgodzie z aktualnymi standardami, aktualnymi normami w tym IEC 61730-1:2004 (First Edition) + A1:2011 + A2:2013 oraz wymogiem siwz, że oferowane produkty mają być zgodne z aktualnymi normami, są bezprzedmiotowe dla postawionego zarzutu odwołania co do przyznania 10 punktów. Należy też podkreślić, że przedmiotowa specyfikacja istotnych warunków (siwz) co do zasady nie mówi o aktualnych normach tylko wskazuje je konkretnie wymieniając z nazwy. I tak np.: Rozdz. IV Warunki udziału w postępowaniu pkt 2 (str. 13 siwz) Rozdz. VI Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego oraz braku podstaw do wykluczenia, zasady składania oświadczeń i dokumentów oraz forma dokumentów pkt 8.4.1. i 8.4.2. (str. 20 i 21 siwz). Poza tym siwz nawet regulując tylko co do rodzaju (a nie z konkretnej nazwy) te dokumenty to jest certyfikaty, karty techniczne, certyfikaty wydane przez właściwą jednostkę certyfikującą lokuje je w przywołanych powyżej Rozdz. IV (warunki udziału) i Rozdz. VI (oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału) siwz a nie w Rozdz XII (opis kryteriów przy wyborze ofert). Reasumując złożone dowody przez odwołującego, na okoliczność nie spełnienia parametru na obciążenie śniegiem, mogłyby być uwzględniane gdyby odwołujący postawił zarzut w odwołaniu nie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego z uwzględnieniem art.26 ust.1 w związku z art.24aa i art.25 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp. Natomiast odwołujący składając odwołanie odniósł je do punktowanego parametru

obciążenia śniegiem w związku z art.91 ust.1 i wyborem oferty HYMON jako najkorzystniejszej w myśl postanowień odnoszących się do tej czynności to jest Rozdz. XII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował, przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów. Na marginesie należy nadmienić, że zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 09.01.2020r. w aktach sprawy) przedłożył dowody potwierdzające posiadanie cech przez panele na zwiększoną odporność na obciążenie śniegiem, które otrzymał na etapie procedury w trybie art.26 ust.1 w zw. z art.24 aa i art.25 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp. I tak Test potwierdzający dopuszczalne maksymalne obciążenie wraz z tłumaczeniem (pismo HYMON z 22.11.2019r.) gdzie na potwierdzenie warunków dodatkowych określonych w Rozdz. IV pkt 2 SIWZ przedłożono powyższy dokument wymieniony w pkt 5 pisma – Certyfikat potwierdzający dla modułu UL-325M-60 możliwość obciążenia 8 000 Pa na dzień 24.10.2019 roku przez producenta.

W tym stanie rzeczy zarzut co do bezpodstawnego przyznania w kryterium „parametry techniczne” 10 pkt za zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7 500 Pa nie został udowodniony. Nawet nie został udowodniony w ramach spełnienia warunków udziału w myśl wymaganych dokumentów jakie przewidział na tę okoliczność zamawiający w siwz. Stąd też dowody złożone przez ML System są bezprzedmiotowe wobec obowiązującej i zamawiającego, i wykonawców regulacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzut nie potwierdził się.

**3) Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z pkt XII ppkt 2 cz.A lp.2 lit b jak i Rozdz. IV(warunki udziału) i Rozdz.VI (oświadczenia i dokumenty) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

Hymon przedstawił raport z badań nr 70.406.19.095.18 (z którego treści wynika maksymalne obciążenie paneli na poziomie 2400 Pa) jako dokument potwierdzający obciążalność modułu do 8 000 Pa, co w połączeniu z oświadczeniem producenta wprowadziło Zamawiającego w błąd co do właściwości produktu, w sytuacji, w której rzeczywista obciążalność mechaniczna modułu, potwierdzona na stronie internetowej producenta, wynosi nie więcej 5 400 Pa.

Izba ustaliła i zważyła

(Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.)

Zakres przywołanych przez odwołującego parametrów na obciążenie śniegiem paneli fotowoltaicznych oferowanych przez HYMON wskazuje na trzy parametry: 2 400 Pa; 5 400 Pa i 8 000Pa. Przy czym odwołujący kwestionuje parametr 8 000 Pa, który dał ofercie HYMON dodatkowe 10 pkt w kryteriach oceny ofert.

Te fakty dla odwołującego stanowią podstawę do podniesienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp,

Izba rozważając zarzut uwzględniła złożone dokumenty przez HYMON, które przedstawił przy piśmie z dnia 09.01.2020r. zamawiający (w aktach sprawy) to jest certyfikaty potwierdzające zwiększoną odporność na obciążenie powyżej 7 500 Pa. I tak z Certyfikatu Ulica Solar z 24.10.2019r. wynika, że moduł oferowany UL-325 M-60 posiada obciążenie 8 000 Pa i jest zgodny z normą IEC 61 215 co odpowiada normie wymienionej w pkt 8.4. Rozdz.VI oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału („certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą PN-EN 61 215” - str. 20 siwz). Przedłożony został Certyfikat TUV No Z 2 083 334 0048 Rev.2 obejmujący m.i. 10.16 Test statycznego obciążenia mechanicznego wskazujący Czas trzeciego cyklu (początek/koniec) wskazuje na 8 000 Pa; data 2019-10-29; data projektu 2019-10-12; data badania 2019-10-22 – 2019-10-24. W związku z tym po raz kolejny zamawiający potwierdził fakt, że nawet dokumenty na potwierdzenie warunku udziału, a nie tylko oferta wskazują na posiadanie przez panele odporności na śnieg na poziomie 8 000 Pa.

Co do kwestionowania rodzaju dokumentów potwierdzających odporność na obciążenie mechaniczne to należy wskazać, że w końcowej treści pkt 8.4. siwz zamawiający zapisał, że certyfikaty mogą być zastąpione innymi dokumentami, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do certyfikatów. W tym wypadku oświadczenia producenta (które może zastępować certyfikat) wynika, że konkretnie obciążenie śniegiem spełnia wymóg zamawiającego i wynosi 8000 Pa. Na podstawie tego już dokumentu zamawiający był więc uprawniony do uznania, że wymóg zawarty w jednym z kryteriów pozacenowych został spełniony przez HYMON. Na marginesie jedynie należy dodać, że strona internetowa producenta, na której wskazano obciążenie 5400 Pa i na którą powołuje się odwołujący, nie może być uznana za dowód bardziej wiarygodny od pisemnego oświadczenia tegoż producenta. Strony internetowe służą do informowania i reklamowania działalności podmiotów gospodarczych, natomiast nie muszą zawierać pełnej i wyczerpującej informacji o wszelkich cechach wszelkich produktów danej firmy, jak też nie muszą być na bieżąco aktualizowane. Stąd też dowód ze strony internetowej producenta nie może obalać dowodu w postaci pisemnego i konkretnego oświadczenia tegoż producenta. Mając na uwadze certyfikat TUV opisany powyżej po pierwsze HYMON wykazał skutecznie gwarancje co do obciążenia 8 000 Pa, a po drugie w takiej sytuacji



HYMON nie wprowadził w błąd zamawiającego co do posiadanych właściwości. Dowody przedstawiane przez odwołującego mające podważyć wiarygodność i aktualność badań na obciążenie modułu UL-325 M-60 są nie przekonywujące zarówno co do zarzutów formalnych jak i merytorycznych. Przede wszystkim dokument wystawiony przez jednostkę TUV jest wiarygodny co do instytucji uwiarygadniającej treści zawarte i kompetencje instytucji wystawiającej certyfikat a także zawiera niezbędne informacje co do daty, przedmiotu jak i cyklu (trzy cykle) przeprowadzenia badań. Ponadto przywołane postanowienia siwz dopuszczają również inne środki dowodowe, do czego należy zakwalifikować Certyfikatu Ulica Solar z 24.10.2019r. Również nie budzą wątpliwości daty sporządzanych dokumentów, jak i daty badań czy też daty przekazania dokumentów w związku z dyspozycją art. 26 ust.1 ustawy Pzp (aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności w art.25 ust.).W tym stanie rzeczy przedstawione dowody jak i argumentacja na ich poczet złożona przez odwołującego jest bezprzedmiotowa, ponieważ nie podważa wiarygodności i aktualności dokumentów złożonych przez HYMON. Reasumując zarzut nie został udowodniony przez odwołującego.

4. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 17 i art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w związku parametrami oferowanego falownika SOFAR SOLAR 11KTL-X

Odwołujący wskazuje na nieprawdziwe informacje i niezgodność oferty z siwz z powodu parametrów oferowanego falownika SOFAR SOLAR 11KTL-X, sugerujących, iż posiada on moc wyjściową mniejszą niż 10 000 VA. Oferowany (w poz. oznaczonej 16, 40, 41 - dla ofertowanej instalacji 9,75 kWp) falownik SOFAR SOLAR 11KTL-X) nie spełnia kryteriów określonych na stronie 18 szczegółowej specyfikacji technicznej dla paneli fotowoltaicznych ("wymogi dla instalacji  $\geq 3$  kWp oraz  $< 10$  kWp, aby falownik posiadał moc wyjściową 3-9 kVA").

Zgodnie z oświadczeniem producenta Sofar Solar, które Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 13 listopada 2019 r., falowniki Sofar Solar 11 KTL-X posiadają moc znamionową [wyjściową] 10 000 VA oraz moc maksymalną (wyjściową) mniejszą niż 10 000VA, stąd też nie można ich zakwalifikować jako urządzenia posiadającego moc znamionową (wyjściową) mniejszą niż 10 000 VA. Nie istnieją także rozszerzone wersje falownika Sofar Solar 11 KTL-X posiadające mniejszą moc wyjściową niż wyżej podana. Możliwość ograniczenia mocy nie ma tu znaczenia.

Izba ustaliła i zważyła

Zgodnie z rozdziałem IV siwz pkt 2.b) siwz, instalacje fotowoltaiczne muszą spełniać parametry zawarte w Dokumentacji Technicznej Załącznik nr 8A do SIWZ. W załączniku 8A SST na str. 19 w tabeli na samej górze wpisano, że w przypadku falowników dla instalacji  $\geq 3$  kWp oraz  $< 10$  kWp moc wyjściowa ma wynosić 3 – 9 kVA. HYMON zaoferował falownik nie spełniający, wg odwołującego, tego wymogu, o czym odwołujący zawiadomił zamawiającego i dołączył oświadczenie producenta, że oferowany przez HYMON falownik nie posiada mocy znamionowej (wyjściowej) niższej niż 10 000 VA. Zamawiający wezwał HYMON pismem z dnia 28.11.2019 r., na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do ustosunkowania się do pisma odwołującego w tej sprawie i oświadczenia producenta. Do odpowiedzi z dnia 04.12.2019 r. wykonawca HYMON załączył nowe oświadczenie producenta, w którym producent ten pisze, że pierwsze oświadczenie było nieważne, a moc czynna falownika może być regulowana, w tym także obniżona.

Zgodnie z pkt 8.4.1.b) siwz, który znajduje się w rozdziale VI siwz zatytułowanym: „Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia, zasady składania oświadczeń i dokumentów oraz forma dokumentów”, w celu wykazania warunków dodatkowych określonych w Rozdz. IV, ust. 2 SIWZ wykonawca przedstawi zamawiającemu kartę techniczną modułu fotowoltaicznego obejmującą informacje potwierdzające spełnianie przez instalację parametrów w zawartych w Dokumentacji Technicznej stanowiącej Załącznik 1 A do SIWZ (z całokształtu tej części siwz wynika, że chodziło zamawiającemu o Załącznik 8A, tym bardziej że załącznik 1A jest formularzem cenowym). Należy zauważyć, że wprawdzie wymóg mocy wyjściowej dla falownika zawarty jest w załączniku 8A, ale HYMON nie złożył karty technicznej ani innego dokumentu, z którego wynikałoby, jaką moc wyjściową ma oferowany falownik i który to dokument mógłby być więc wyjaśniony lub uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający powinien wezwać HYMON do wyjaśnienia kwestii mocy wyjściowej falownika na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od podstawy prawnej, na której zamawiający oparł swoje wezwanie, należy zauważyć, że wykonawca HYMON przedstawił nowe oświadczenie producenta dotyczące tej kwestii. Z przesłanej w dniu 04.12.2019r. odpowiedzi HYMON wyjaśnił, że oferowane urządzenie posiada regulowany parametr mocy wyjściowej Nie doszło przy tym do zmiany oferty, gdyż w dalszym ciągu oferowany jest ten sam falownik, a jedynie producent wyjaśnił, że możliwe jest obniżenie jego mocy i dlatego spełnia on postawiony w siwz wymóg. Dokładnie rzecz ujmując z oświadczenia producenta SOFAR wynika, że obniżenie mocy

(0-100%) można ustawić na ekranie wyświetlacza po wybraniu ustawienia nr 16, jeżeli jest to wymagane i konieczne dla konfiguracji systemu: Regulowana moc nie ma wpływu na certyfikację. Tym samym zarzut odwołującego nie potwierdził się, ponieważ na etapie produkcji obniżony zostanie przedmiotowy parametr do oczekiwanego przez zamawiającego poziomu 9 k VA. Ponadto HYMON zwrócił uwagę, że dokumenty którymi posługiwał się odwołujący zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną, na dowód czego złożył kolejne dokumenty i oświadczenie producenta (odpowiedź zamawiającego z dnia 09.01.2020 r. wraz z załączonymi dokumentami w aktach sprawy).

### Zarzuty wobec Neostar Green Energy (NEOSTAR)

1. Co do zarzutu przyznania dodatkowej punktacji w kryteriach oceny ofert w związku z zastosowaniem paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" - 10 pkt (pkt. XII ppkt. 2.cz.A. lp. 2 lit. b SIWZ) i dodatkową odpornością na amoniak i mgłę solną" - 5 pkt (pkt. XII ppkt. 2.cz. A. lp. 2 lit. c SIWZ)

Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał NEOSTAR do uzupełnienia dokumentów niezbędnych do przyznania dodatkowej punktacji w kryteriach, przez co NEOSTAR w kryterium "zastosowanie paneli o maksymalnym obciążeniu od śniegu ponad 7500 Pa" (pkt. XII ppkt. 2.cz.A. lp. 2 lit. b SIWZ.) w części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego, dostał dodatkowych 10 pkt, oraz w kryterium "panele fotowoltaiczne z dodatkową odpornością na amoniak i mgłę solną" (pkt. XII ppkt. 2.cz. A. lp. 2 lit. c SIWZ.), w części A, dla subregionu Tarnowskiego i Miechowskiego, dostał dodatkowych 5 pkt.

Co więcej, NEOSTAR nie udowodnił spełnienia przez oferowany produkt punktowanych kryteriów, przedstawiając jedynie oświadczenie producenta, w sytuacji, w której Zamawiający wyraźnie w treści SIWZ wskazał, iż na udowodnienie dodatkowo punktowanych parametrów wymagać będzie "certyfikatu." W przypadku braku certyfikatu oferta powinna otrzymać 0 pkt, a NEOSTAR dostał 15 pkt.

Ponadto, NEOSTAR wprowadził zamawiającego w błąd (art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp.), ponieważ przedstawił nierzetelne informacje dotyczące maksymalnej obciążalności oferowanego modułu oraz odporności na atmosferę mgły solnej i amoniaku, niepotwierdzone wymaganym przez SIWZ certyfikatem oraz sprzeczne z danymi z kart katalogowych, dostępnych w sieci Internet, których treść wyraźnie potwierdza brak deklarowanych właściwości modułu.

Izba ustaliła i zważyła

Zamawiający ustanowił m.in. dwa kryteria pozacenowe dotyczące: obciążenia śniegiem oraz odporności na amoniak i mgłą solną. Pismem z dnia 12.11.2019 r. na podstawie art. 26 ust. 1 wezwał NEOSTAR do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymogów zawartych w kryteriach oceny ofert. NEOSTAR na to pismo w ogóle nie odpowiedział. Wobec tego, drugim pismem z dnia 26.11.2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ponowił swoje wezwanie. Dopiero na to pismo NEOSTAR odpowiedział. W zakresie zatem dokumentów potwierdzających obciążenie śniegiem oraz odporność na amoniak i mgłą solną, zamawiający bezpodstawnie wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ich złożenia. Wobec braku odpowiedzi na pierwsze pismo z dnia 12.11.2019 r., zamawiający w ww. kryteriach oceny ofert powinien nie przyznać wykonawcy NEOSTAR punktów. Tym samym zarzut potwierdził się. Izba jednak nie nakazała zamawiającemu obniżyć ofercie wykonawcy NEOSTAR liczbę przyznanych punktów, ponieważ nakazała odrzucenie tej oferty. Tym samym obniżanie liczby punktów w kryteriach oceny ofert, stało się niecelowe.

Co do kwestii złożenia oświadczenia producenta zamiast certyfikatu, należy zwrócić uwagę na końcową treść pkt 8.4. siwz, w którym zamawiający wskazał, że certyfikaty mogą być zastąpione innymi dokumentami, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do certyfikatów.

Co do kwestii niezgodności treści złożonych przez NEOSTAR dokumentów z informacjami zamieszczonymi w Internecie, należy zauważyć, że strony internetowe służą do informowania i reklamowania działalności podmiotów gospodarczych, natomiast nie muszą zawierać pełnej i wyczerpującej informacji o wszelkich cechach wszelkich produktów danej firmy, jak też nie muszą być na bieżąco aktualizowane. Stąd też dowód ze strony internetowej producenta nie może obalać dowodu w postaci pisemnego i konkretnego oświadczenia tegoż producenta.

2. Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. przez zamawiającego, który poprawił oczywistą omyłkę w ofercie NEOSTAR, przez wpisanie do oferty w miejsce słów: "SofarSolar 2000 TL" - rzekomo poprawnej nazwy SofarSolar 2200 TL

Zamawiający poprawił bezpodstawnie jako oczywistą omyłkę w ofercie NEOSTAR, przez wpisanie do oferty w miejsce słów: "SofarSolar 2000 TL" - rzekomo poprawnej nazwy SofarSolar 2200 TL. Sposób korekty ww. omyłki, nie był jednak oczywisty, tj. nie wynikał wprost z oferty. Ponadto poprawa błędnie podanego modułu SofarSolar 2000 TL na SofarSolar 2200 TL nie jest jedyną możliwą drogą korekty, gdyż w ocenie Odwołującego,

również falowniki Sofar Solar 2700TL i Sofar Solar 3000TL także spełniają wymogi przetargu, więc hipotetycznie możliwe byłoby ich zaproponowanie.

Ponadto oferta ta nie wskazywała w sposób jednoznaczny na rodzaj oferowanego produktu, tj. na rodzaj falownika, oznaczonego błędnie nazwą SofarSolar 2000 TL. Tego rodzaju oferta, jako nieprecyzyjna i niepoddająca się ocenie, podlega odrzuceniu na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Ustawy pzp.

#### Izba ustaliła i zważyła

#### (Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.)

We wszystkich dokumentach składających się na ofertę, także w formularzu ofertowym i formularzach cenowych, NEOSTAR wpisał "SofarSolar 2000 TL. Nie jest również sporne między stronami, że taki moduł nie istnieje. Pismem z dnia 28.11.2019 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi NEOSTAR stwierdził, że wpisanie powyższej nazwy było omyłką i że oferuje SofarSolar 2200 TL. Jednakże (w przeciwieństwie do przypadku dotyczącego wykonawcy HYMON) należy zwrócić uwagę, że nigdzie w ofercie Neostar nie była podana nazwa SofarSolar 2200 TL. Dokonując więc poprawienia omyłki, zamawiający nie mógł się oprzeć na żadnej informacji pochodzącej z treści oferty, a jedynie na oświadczeniu wykonawcy NEOSTAR złożonym już po terminie składania ofert. Przyjęcie takiego oświadczenia po terminie składania ofert, czyli oświadczenia co do tego co w rzeczywistości oferuje wykonawca, narusza zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż pozwala wykonawcy dowolnie kształtować treść oferty po terminie składania ofert. Jest to szczególnie niedozwolone w sytuacji, gdy na rynku funkcjonują też inne moduły SofarSolar o innych numerach (którego to argumentu zamawiający nie zakwestionował), co dawało wykonawcy NEOSTAR po terminie składania ofert możliwość wyboru, który moduł spośród kilku dostępnych - zaoferuje. Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że nie było dopuszczalne poprawienie ww. omyłki w ofercie NEOSTAR i oferta ta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z siwz w zakresie wymogu podania modelu i typu urządzenia.

Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C -387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.)

Instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). Wobec powyższego zasada równego traktowania oraz zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego, ani oferenta. Uznanie za właściwe poprawienia omyłki przez zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym byłoby dopuszczeniem istotnej zmiany jego oświadczenia woli - w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie. Mając powyższe na względzie, potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający wobec zaistniałych niezgodności treści oferty zmuszony był do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. odrzucenia oferty Neostar Green Energy (NEOSTAR). Zarzut odwołania potwierdził się.

**3) Co do zarzutu naruszenia postanowień siwz co do nie przekroczenia różnic cenowych pomiędzy instalacją montowaną na gruncie od instalacji na dachu obiektu, przekraczających 110 %**

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty NEOSTAR w części A subregion Tarnowski i Miechowski, pomimo że w zakresie części A, dla subregionu Tarnowskiego oferta ta sprzeczna była w sposób literalny z treścią SIWZ, która nie dopuszczała - w treści Załącznika nr 1 A "Formularz cenowy" - różnic cenowych pomiędzy instalacją montowaną na gruncie od instalacji na dachu obiektu, przekraczających 110 %. Arytmetyczne zestawienie podanych przez NEOSTAR wartości wskazuje, że ceny instalacji na gruncie są wyższe niż 110 % wartości ceny na dachu, co dyskredytuje ofertę dla ww. zadania w całości.

**Izba ustaliła i zważyła**

**(Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.)**

W załączniku 1A pod tabelą stanowiącą formularz cenowy zamawiający wpisywał wymóg, zgodnie z którym różnice cenowe pomiędzy instalacją montowaną na gruncie od instalacji na dachu obiektu nie mogą przekraczać 110%. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający sformułował ww. wymóg używając słowa: „wymaga”. Nie są zatem zasadne argumenty zamawiającego, zgodnie z którymi wymóg miał charakter jedynie instruktażowy i nie ma znaczenia, gdyż nie dopisano do niego sankcji w postaci odrzucenia oferty. Wymóg mógłby mieć charakter instruktażowy, gdyby w jego treści znalazło się sformułowanie np. „wskazuje się, aby...”. Tymczasem w treści tego wymogu zamawiający jednoznacznie napisał: „zamawiający wymaga”. Tym samym nie może być mowy o żadnym jego charakterze

instruktażowym, fakultatywnym ale stwierdzić należy, że jest to wymóg jednoznacznie wiążący wykonawców. Ponadto nie jest konieczne, aby zamawiający przy każdym zawartym w siwz wymogu dopisywał, czy jego niespełnienie przez wykonawcę będzie, czy nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Kwestię tę bowiem reguluje treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z której wprost wynika, że treść oferty niezgodna z treścią siwz podlega odrzuceniu. Sankcja, o której mówił zamawiający, została zatem wprost przewidziana w ustawie Pzp, tj. w ww. art. 89 ust. 1 pkt 2, i zamawiający jest zobowiązany ją stosować bez względu na to, czy dodatkowo dopisywał ją do każdego postanowienia siwz, czy nie. Na marginesie należy zauważyć, że analogiczne stanowisko zamawiający zajął zresztą w piśmie z dnia 28.11.2019 r. skierowanym do wykonawcy NEOSTAR, gdzie napisał, że przekroczenie ww. 110% „przesądza” o niezgodności oferty z siwz.

W tym wypadku w ofercie dotyczącej części A subregionu Tarnowskiego NEOSTAR przekroczył wymagane 110% różnicy, zatem jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie ma przy tym znaczenia, że w subregionie tym NEOSTAR zajął drugie miejsce w rankingu ofert, gdyż zastosowanie procedury odwróconej nie zwalnia zamawiającego z obowiązku badania ofert pod kątem zasadności ich odrzucenia. Zatem skoro zaistniała przesłanka odrzucenia oferty NEOSTAR z ww. powodu, to oferta ta powinna zostać odrzucona. Nie może być też mowy w tym wypadku o omyłce rachunkowej, czy innej, gdyż w piśmie z dnia 30.11.2019 r. sam wykonawca NEOSTAR przyznał, że celowo dokonał takiego obliczenia ceny oferty, którego wynikiem było przekroczenie ww. różnicy 110%. Tym samym zarzut w części A w subregionie Tarnowskim potwierdził się.

**4) Co do zarzutu naruszenia art.26 ust.3 ustawy Pzp przez nie uzupełnienie żądanych przez zamawiającego dokumentów pomimo dwukrotnych wezwań**

NEOSTAR nie uzupełnił żądanych przez zamawiającego dokumentów w terminie do dnia 25.11.2019 r. oraz - na ponowne wezwanie w terminie do dnia 06.12.2019. Odwołujący wskazuje, iż znajdujące się w aktach sprawy pliki "TUV+ tłumaczenie.pdf" i "TUV tłumaczenie przysięgłe" datowane są dopiero na dzień 12.12.2019 r. Ponadto dokumenty, o które był wzywany NEOSTAR, nie mogą być uzupełniane, gdyż dotyczyły kryteriów oceny ofert.

Izba ustaliła i zważyła

(Sygn. akt KIO 2601/19 ML SYSTEM S.A.)

Pismem z dnia 12.11.2019 r. na podstawie art. 26 ust. 1 zamawiający wezwał NEOSTAR do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymogów zawartych w kryteriach oceny ofert. NEOSTAR na to pismo w ogóle nie

odpowiedział. Wobec tego, drugim pismem z dnia 26.11.2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ponowił swoje wezwanie i wyznaczył termin do 06.12.2019 r. Dopiero na to pismo NEOSTAR odpowiedział, ale dodatkowo po wyznaczonym terminie z własnej inicjatywy dostał certyfikat TÜV. Skoro dostał go po terminie wyznaczonym przez zamawiającego, to zamawiający nie powinien go uwzględniać.

Odwołujący nie wskazał też w treści odwołania, jakie znaczenie miał ww. certyfikat TÜV dla spełnienia ewentualnych innych (poza kryteriami) wymogów siwz. Tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, że przekazanie przez wykonawcę Neostar ww. certyfikatu po wyznaczonym przez zamawiającego terminie, miało jakikolwiek wpływ na sytuację tego wykonawcy w postępowaniu, i co za tym idzie – mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Reasumując osądzając całość powyższych zarzutów odwołania, orzeczono jak w sentencji wyroku, uwzględniając odwołanie wskutek stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy Pzp. mających wpływ na wynik postępowania, w rozumieniu w art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 24.814 zł 88 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące osiemset czternaście złotych osiemdziesiąt osiem groszy) na rzecz odwołującego stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz dojazdu na rozprawę.

**Sygn. akt KIO 2623/19 Hymon Energy Sp. z o.o.**

**Hymon Energy Sp. z o.o. ul. Dojazd 16, 33-100 Tarnów**

Zamówienie publiczne: Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI" z podziałem na części w ramach Subregionów.

Znak postępowania: SZPT-02/07/2019

Ogłoszenie w Dz. Urz. UE z dnia 6 sierpnia 2019 roku, nr 2019/S 150-368527



Odwołanie z dn. 23 grudnia 2019r. odnosi się do wyboru w subregionie Miechowskim części A wykonanie 1056 sztuk kompletnych zestawów fotowoltaicznych do wytwarzania energii elektrycznej na potrzeby własne w budynkach odbiorców indywidualnych, gospodarczych i użyteczności publicznej w sposób umożliwiający podłączenie do sieci energetycznej

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą PZP, wykonawca Hymon Energy sp. z o.o. z s. w Tarnowie, zwany w dalszej części „odwołującym” lub „Hymon” wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest obowiązany na podstawie ustawy tj. od:

a) wyboru oferty złożonej przez Neostar Green Energy sp. z o.o. spółka komandytowa z s. w Łodzi, dalej „Neostar”, jako najkorzystniejszej oferty w zakresie Części A-subregionu Miechowskiego,

b) czynności badania i oceny ofert,

c) zaniechania odrzucenia oferty Neostar Green Energy sp. z o.o. spółka komandytowa w zakresie Części A - subregionu Miechowskiego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ) ustawy PZP pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,

d) z ostrożności zaniechania odrzucenia oferty Neostar Green Energy sp. z o.o. spółka komandytowa w zakresie Części A - subregionu Miechowskiego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy PZP, mimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny,

e) zaniechania odrzucenia oferty Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie Części A - subregionu Miechowskiego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5) ustawy PZP jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu

f) Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie Części A - subregionu miechowskiego, z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 12), w sytuacji gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. Przedmiotem zamówienia jest: „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI".

3. Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego postawiono następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Neostar Green Energy sp. z o.o. sp. k. mimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,

b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Neostar Green Energy sp. z o.o. sp. k. niezgodnie z przepisami ustawy PZP,

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 i art. 89 ust. 1 pkt) 5 i art. 24 ust. 4 ustawy PZP i 22 ust. 1 PZP w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał warunków udziału w postępowaniu,

d) z ostrożności naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3) przez zaniechanie odrzucenia oferty Neostar Green Energy sp. z o.o. sp. k. pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny,

e) naruszenie art. 26 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez uznanie, że dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca Neostar złożył w terminie,

f) naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 PZP w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 i art. 26 ust. 1 i 3 ustawy PZP i 94 ust. 3 PZP poprzez wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do przedłożenia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, dodatkowych warunków określonych w Rozdz. IV pkt. 2 SIWZ, mimo, że wykonawca na wezwanie z dnia 12 listopada 2019 roku nie przedłożył żadnych z żądanych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń.

5. Wskazując na powyższe wniesiono o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Neostar Green Energy sp. z o.o. w zakresie Części A- subregion Miechowski,

b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

c) wykluczenie wykonawcy Neostar Green Energy sp. z o.o. z postępowania w zakresie Części A - subregion Miechowski z przyczyn wskazanych w treści uzasadnienia,

d) odrzucenie oferty Neostar Green Energy sp. z o.o. z postępowania w zakresie Części A - subregion Miechowski z przyczyn wskazanych w treści uzasadnienia,

6. Wykonawca Hymon Energy sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie posiada interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i jest zainteresowany jego uzyskaniem, natomiast poprzez nieprawidłowe działania zamawiającego poniósł szkodę, przez którą należy rozmieć

uniemożliwienie uzyskania zamówienia i zysku z realizacji zadania. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania z środków ochrony prawnej wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy PZP. Naruszenie przepisów Ustawy PZP przez zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania przez co Krajowa Izba Odwoławcza powinna uwzględnić odwołanie.

7. Wykonawca wskazuje, że wybór został ogłoszony dnia 12 grudnia 2019 roku.

8. Ponadto wniesiono o zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania

1. Oferta Neostar Green Energy sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ przez co powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust 1 pkt. 2 PZP. Wykonawca w poz. 1 i 17 oferty zaoferował falowniki firmy Sofar Solar 2000TL. Zaoferowane przez Wykonawcę falowniki nie występują w ofercie Sofar Solar. Tym samym brak jest zgodności zamówienia z wymaganiami technicznymi w stosunku do przedmiotu zamówienia wskazanymi w SIWZ.

Wskazanie nieistniejącego asortymentu w treści oferty jest jednoznaczne z nieskonkretyzowaniem świadczenia, które zgodnie z wymogami zamawiającego powinno być opisane w ofercie z podaniem producenta, modelu i typu oferowanego urządzenia.

Dowód: karty katalogowe SOFAR SOLAR i inne dokumenty na okoliczność niezgodności oferowanych falowników z treścią SIWZ.

2. Zamawiający w pkt. XI SIWZ wskazał: Cena oferty brutto zostanie wyliczona przez Wykonawcę w Formularzu cenowym (właściwym dla Części i Subregionu, na które Wykonawca składa ofertę), sporządzonym zgodnie z wzorem określonym w Załączniku odpowiednio 1A, 1B lub 1C do SIWZ. Ceny za poszczególne typy i rodzaje instalacji należy podać w formie wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 Kodeksu Cywilnego) Następnie cenę oferty należy przenieść do Formularza oferty, sporządzonego zgodnie z wzorem określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający w Formularzu cenowym wskazał wymaganie, aby cena jednostkowa netto instalacji na gruncie nie była większa niż 110 % ceny netto tej samej instalacji montowanej w budynku mieszkalnym. Oferent nie spełnił wymogu zamawiającego, co powinno zostać uznane za niegodność oferty z treścią SIWZ, ewentualnie jako błąd w obliczeniu ceny. Niezależnie jednak od kwalifikacji, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na niespełnienie wymagań zamawiającego wyrażonych w treści SIWZ. Wykonawca w

pozycjach oferty wskazanych poniżej (formularz ofertowy) zaoferował następujące ceny niezgodne z wymogami zamawiającego:

- poz. 25 i 26 oferty cena instalacji na dachu wynosi 12 314 zł, na gruncie 13 979 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110% ceny na dachu (113,5%),

- poz. 29 i 30 cena instalacji na dachu wynosi 15 231zł, na gruncie 16 852zł. Cena na gruncie jest większa niż 110% ceny na dachu (110,6%),

- poz. 32 i 33 cena instalacji na dachu wynosi 17 196zł na gruncie 19 106zł. Cena na gruncie jest większa niż 110% ceny na dachu (111,1%),

- poz. 34 i 35 cena instalacji na dachu wynosi 20 270zł, na gruncie 22 333zł. Cena na gruncie jest większa niż 110%> ceny na dachu (110,1%),

- poz. 36 i 37 cena instalacji na dachu wynosi 22 681, na gruncie 25 915 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110%> ceny na dachu (114,2%),

Dowód: SIWZ, formularz cenowy, oferta Neostar Część A subregion Miechowski

3. Wykonawca Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w SIWZ. Zamawiający w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie Zdolność techniczna postawił następujące wymagania:

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca składający ofertę w ramach jednego z subregionów wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał należycie co najmniej:

Dla Części A

- zadanie lub zadania (co najmniej jedno zadanie) polegające na dostawie i montażu łącznie nie mniej niż 100 zestawów instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy minimum 260 kWp i łącznej wartości nie mniejszej niż 1.200.000 złotych brutto.

Przedłożone przez wykonawcę referencje nie wykazują spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolność techniczna. Podobnie wykaz wykonanych robót (załącznik nr 3) do SIWZ nie odpowiada wymaganiom zamawiającego. Zarówno referencje wystawione przez SIDOMIS sp. z o.o., jak i oświadczenie wykonawcy do zrealizowanych prac zawiera jedynie oświadczenie co do montażu instalacji, natomiast wymagania zamawiającego jednoznacznie odnosiły się również do dostawy, czego jednak nie potwierdza złożony wykaz przez oferenta ani referencje wystawione przez firmę SIDOMIS sp. z o.o.

Wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu odpowiednio do wymagań zamawiającego, natomiast dokumenty złożone przez Neostar Green Energy sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 i 26 ust. 3 nie potwierdziły spełnienia wymagań zamawiającego odnośnie zdolności technicznych.

Dowód: wykaz wykonanych robót w odniesieniu do Części A zamówienia, referencje spółki SIDOMIS sp. z o.o.

Jednocześnie zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 zd. 2 PZP w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 i art. 26 ust. 1 i 3 ustawy PZP przez wezwanie wykonawcy o złożenie dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 PZP pomimo, że wykonawca nie złożył żadnych dokumentów i oświadczeń na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1. PZP. Należałoby uznać, że wykonawca, który odpowiednio na wezwanie Zamawiającego w ogóle nie składa odpowiednich dokumentów i oświadczeń uchyla się od zawarcia umowy w przedmiocie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Hymon wnosi o uwzględnienie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Sygn. akt KIO 2623/19 Hymon Energy Sp. z o.o.**

1. Co do zarzutu art. 89 ust 1 pkt. 2 Pzp. NEOSTAR w poz. 1 i 17 oferty zaoferował falowniki firmy Sofar Solar 2000TL, które nie występują w ofercie Sofar Solar. Wskazanie nieistniejącego asortymentu w treści oferty jest jednoznaczne z nieskonkretyzowaniem świadczenia, które zgodnie z wymogami Zamawiającego powinno być opisane w ofercie z podaniem producenta, modelu i typu oferowanego urządzenia.

#### **Izba ustaliła i zważyła**

#### **Sygn. akt KIO 2623/19 Hymon Energy Sp. z o.o.**

W zakresie tego zarzutu Izba podtrzymuje swoją argumentację przedstawioną odnośnie do analogicznego zarzutu zawartego w odwołaniu 2601/19. Zarzut potwierdził się.

2. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Zamawiający w Formularzu cenowym wymagał, aby cena jednostkowa netto instalacji na gruncie nie była większa niż 110 % ceny netto tej samej instalacji montowanej na obiekcie. Oferta Neostar nie spełnia tego wymogu, co powinno zostać uznane za niegodność

oferty z treścią SIWZ, ewentualnie z ostrożności jako błąd w obliczeniu ceny. Neostar w pozycjach oferty wskazanych poniżej (formularz ofertowy) zaoferował następujące ceny niezgodne z wymogami zamawiającego:

- poz. 25 i 26 oferty cena instalacji na dachu wynosi 12 314 zł, na gruncie 13 979 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110% ceny na dachu (113,5%);
- poz. 27 i 28 cena instalacji na dachu wynosi 13 727 zł, na gruncie 15 464 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110% ceny na dachu (112,6%)
- poz. 29 i 30 cena instalacji na dachu wynosi 15 231 zł, na gruncie 16 852 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110% ceny na dachu (110,6%)
- poz. 32 i 33 cena instalacji na dachu wynosi 17 196 zł na gruncie 19 106 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110% ceny na dachu (111,1%)
- poz. 34 i 35 cena instalacji na dachu wynosi 20 270 zł, na gruncie 22 333 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110%> ceny na dachu (110,1%)
- poz. 36 i 37 cena instalacji na dachu wynosi 22 681 zł, na gruncie 25 915 zł. Cena na gruncie jest większa niż 110%> ceny na dachu (114,2%).

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2623/19 Hymon Energy Sp. z o.o.

Odwołanie o Sygn. akt KIO 2623/19 dotyczy tylko części A subregionu Miechowskiego. W tej części Neostar nie przekroczył wymaganych 110%, zatem zarzut jest niezasadny. Kwoty podane w treści odwołania i wynikające z nich przekroczenia dotyczą części A subregionu Tarnowskiego, ale samo odwołanie tej części zamówienia nie dotyczy. W związku z powyższym zarzut nie potwierdził się.

3. Co do zarzutu naruszenia art.24 ust.1pkt 12 ustawy Pzp. Warunek doświadczenia: „co najmniej jedno zadanie polegające na dostawie i montażu łącznie nie mniej niż 100 zestawów instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy minimum 260 kWp i łącznej wartości nie mniejszej niż 1.200.000 zł brutto.” Zarówno referencje wystawione przez SIDOMIS sp. z o.o., jak i oświadczenie wykonawcy do zrealizowanych prac zawiera jedynie oświadczenie co do montażu instalacji, natomiast wymagania zamawiającego jednoznacznie odnosiły się również do dostawy, czego jednak nie potwierdza złożony wykaz przez oferenta ani referencje wystawione przez firmę SIDOMIS sp. z o.o. Dokumenty złożone przez Neostar na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 i art.

26 ust. 3 nie potwierdziły spełnienia wymagań zamawiającego odnośnie zdolności technicznych.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2623/19 Hymon Energy Sp. z o.o.

Zarówno w wykazie, jak i w referencjach mowa jest tylko o montażu. Tym samym z żadnego dokumentu nie wynika, że Neostar zrealizował także dostawę. Przy czym Neostar był już wzywany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie m.in. warunków (bo nie odpowiedział w ogóle na pierwsze wezwanie w trybie art. 26 ust. 1). Oznacza to, że niemożliwe byłoby ewentualne ponowne wezwanie, a zatem wykonawca podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Ale należy zauważyć, że w formularzu wykazu robót zamawiający posługuje się zamiennie sformułowaniami: „roboty budowlane lub dostawa i montaż” oraz „roboty budowlane (dostawa i montaż)”. Tym samym treść formularza wykazu robót jest niezgodna z treścią samego warunku, gdzie nie ma słowa o robotach budowlanych. Oznacza to, że treść siwz, tj. treść rozdziału IV pkt 1.2.2. i treść załącznika nr 3 do siwz, zawiera wewnętrzną niezgodność. Niezgodności takie nie mogą natomiast obciążać wykonawców, a zatem muszą być interpretowane na niekorzyść zamawiającego, skoro dopuścił do sprzeczności postanowień siwz. Tym samym należy uznać, że wykazując wyłącznie montaż, który w przypadku zestawów instalacji fotowoltaicznych jest kwalifikowany do robót budowlanych, wykonawca Neostar spełnił warunek udziału w postępowaniu. Zarzut nie potwierdził się.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać w zakresie zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. W odwołaniu odwołujący nie podniósł zarzutów dotyczących wartości i miejsca wykonania zadań wpisanych do wykazu robót, jak też nie podniósł zarzutów dotyczących modułów, norm i wymaganego obciążenia. Tym samym podnoszone na rozprawie przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego ML System argumenty odnoszące się do ww. kwestii, w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

W tym stanie rzeczy rozważając całość podniesionych zarzutów odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający swym zaniechaniem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., co może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 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 rozliczenia (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

**Sygn. akt KIO 2629/19 FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.**

**FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzińska**

Zamówienie publiczne: Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI" z podziałem na części w ramach Subregionów.

Znak postępowania: SZPT-02/07/2019

Ogłoszenie w Dz. Urz. UE z dnia 6 sierpnia 2019 roku, nr 2019/S 150-368527

Odwołanie z dn. 23 grudnia 2019r. odnosi się do odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzińska zwanej dalej „Flexi Power” lub „odwołującym” i wyborze ofert oraz zaniechaniu odrzucenia ofert poprzedzających ofertę odwołującego w częściach A,B,C subregionów: Tarnowskiego, Wielickiego, Olkuskiego, Miechowskiego.

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej p.z.p. wniesiono odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na

- odrzuceniu oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k./odwołujący,
- wyborze oferty: Hymon Energy Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu Tarnowskiego, części A; Sanito sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu Tarnowskiego, części B; Ekologika sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu Tarnowskiego, części C; Sanito sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu Wielickiego, części B; Ekologika sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu Wielickiego, części C; Sanito sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu Olkuskiego, części B; Ekologika sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu części C; Sanito sp. z o.o. jako najkorzystniejszej dla Subregionu Miechowskiego, części B,



- zaniechaniu odrzucenia ofert Wykonawców: Hymon Energy sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A; Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A; JSB Construction PPHU J. S. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A; Sanito sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A i B Subregionu Wielickiego części B, Subregionu Olkuskiego części B oraz Subregionu Miechowskiego części B; Pro-Eco sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A; ML System S.A. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A; Eco-Team sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części B, Subregionu Wielickiego części B oraz Subregionu Olkuskiego części B; Ecologika sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części C, Subregionu Wielickiego części C oraz Subregionu Olkuskiego części C.

Zamawiającemu zarzucono:

I. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na zawiadomieniu Wykonawcy o poprawieniu omyłki i w konsekwencji odrzucenie oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z powodu nieudzielenia przez Wykonawcę zgody na poprawienie omyłki, podczas gdy oferta ta nie zawierała omyłek, na które wskazywał Zamawiający w zawiadomieniu z dnia 28 października 2019 r., polegających na dodaniu przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k., do formularzy cenowych dodatkowych pozycji:

- dla Subregionu Tarnowskiego,

- w części A - kolumny 7a rozbijając stawkę podatkową w 45 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),

- w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 6 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),

- w części C - kolumny 4a rozbijając stawkę podatkową w 4 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej)

- dla Subregionu Wielickiego,

- w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 9 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),

- w części C - kolumny 4a rozbijając stawkę podatkową w 2 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej).

- Subregionu Olkuskiego,

- w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 7 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),

- w części C - kolumny 4a rozbijając stawkę podatkową w 4 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej).

- Subregionu Miechowskiego

- w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 9 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej), podczas gdy bez dokonania powyższych modyfikacji nie było możliwe podanie ceny brutto oraz wysokości i stawki podatku zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny wymaganym przez Zamawiającego, czemu Wykonawca dał wyraz w informacji o odmowie udzielenia zgody na poprawienie omyłki, wskazując, że sposób sporządzenia i wypełnienia formularza cenowego przez Wykonawcę był zamierzony i jest zgodny z SIWZ.

II. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 i 12 p.z.p. przez odrzucenie oferty FlexiPower Group sp. z o.o sp.k. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 p.z.p., pomimo, że oferta ta zawierała poprawne i zgodne z prawem wyliczenie ceny przy zastosowaniu przez Zamawiającego przy ocenie ofert interpretacji opisu sposobu obliczenia ceny niezgodnej z powszechnie obowiązującymi normami prawa podatkowego, która doprowadziła w konsekwencji do niemożności prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty, które to zachowanie zamawiającego doprowadziło do powstania niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w myśl art. 93 ust. 1 pkt. 7 p.z.p. w zw. z art. 146 ust. 6 p.z.p.,

III. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 103 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez odrzucenie oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na podstawie odmowy poprawienia omyłki w treści oferty, podczas gdy traktowanie przez Zamawiającego wyliczenia ceny dokonane przez Wykonawcę z uwzględnieniem podziału stawek podatkowych oddzielnie dla instalacji i wykonania dokumentacji wykonawczej jako błędne, stoi w sprzeczności z zasadą samowymiaru podatku od towarów i usług,

IV. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i 12b ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców

a) Hymon Energy sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,

b) Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,

c) JSB Construction PPHU J. S. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,

d) Sanito sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A i B Subregionu Wielickiego części B, Subregionu Olkuskiego części B oraz Subregionu Miechowskiego części B,

e) Pro-Eco sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,

f) ML System S.A. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,

g) Eco-Team sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części B, Subregionu Wielickiego części B oraz Subregionu Olkuskiego części B,

h) Ekologika sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części C, Subregionu Wielickiego części C oraz Subregionu Olkuskiego części C,

niezawierających w formularzach cenowych podziału stawki VAT na 8 % dla robót w obrębie budynku mieszkalnego i 23 % dla wykonania dokumentacji wykonawczej, podczas gdy wykonanie dokumentacji wykonawczej stanowi usługę, objętą 23 % stawką podatku od towarów i usług i nie może być traktowana jako świadczenie jednolite wobec robót wykonanych w obrębie budynku mieszkalnego, objętych stawką preferencyjną 8 %, a co za tym idzie wyliczenie ceny zawarte w ofertach jest niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług,

V. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców

a) Hymon Energy sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,

b) Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,

c) JSB Construction PPHU J. S. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,

d) Sanito sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A i B Subregionu Wielickiego części B, Subregionu Olkuskiego części B oraz

Subregionu Miechowskiego części B,

- e) Pro-Eco sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,
- f) ML System S.A. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,
- g) Eco-Team sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części B, Subregionu Wielickiego części B oraz Subregionu Olkuskiego części B,
- h) Ekologika sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części C, Subregionu Wielickiego części C oraz Subregionu Olkuskiego części C,

niezawierających w formularzach cenowych podziału stawki VAT na 8 % dla robót w obrębie budynku mieszkalnego i 23 % dla wykonania dokumentacji wykonawczej podczas gdy sposób obliczenia ceny zaproponowany w formularzach cenowych przez powyższych wykonawców jest niezgodny z punktem XI.2 SIWZ, załącznikami 8a pkt. 2.3 i 8b pkt 2.2., oraz odpowiedzią na pytanie 15. do SIWZ z dnia 23 września 2019 r.( przez nie wydzielenie osobnych stawek VAT w formularzach ofertowych dla wykonania dokumentacji wykonawczej, jednocześnie powodując utratę waloru porównywalności ofert.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert z dnia 12 grudnia 2019 r. oraz unieważnienia czynności odrzucenia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.,

VI. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji odrzucenie ofert

- Hymon Energy sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,
- Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,
- JSB Construction PPHU J. S. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,
- Sanito sp. z o.o. ,w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A i B Subregionu Wielickiego części B, Subregionu Olkuskiego części B oraz Subregionu Miechowskiego części B,
- Pro-Eco sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,
- ML System S.A. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,

- Eco-Team sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części B, Subregionu Wielickiego części B oraz Subregionu Olkuskiego części B,

- Ekologika sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części C, Subregionu Wielickiego części C oraz Subregionu Olkuskiego części C,

VII. względnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania,

Nadto, wnoszę o:

VIII. orzeczenie na rzecz odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa advokackiego w kwocie 3.600 zł,

IX. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nich wskazane.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało doręczone Odwołującej się pocztą elektroniczną w dniu 12 grudnia 2019 r. Odwołująca się składa odwołanie w dniu 23 grudnia 2019 r. Ponieważ wartość jest większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., na podstawie art. 32 ust. 4 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni. W związku z powyższym dziesięciodniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania upływający w dniu 23 grudnia 2019 r., o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt. 1 p.z.p. w zw. z art. 14 ust. 2 p.z.p., został zachowany.

Uzasadnienie odwołania

I. Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Odwołująca się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia. Wynika to z faktu, że uczestniczyła ona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, lecz jej oferta została odrzucona.

Zamawiający wezwał Odwołującą do wyrażenia zgody na poprawę omyłki w ofercie. FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. udzieliła odpowiedzi, zgodnie z którą rzekome omyłki dostrzeżone przez Zamawiającego stanowią poprawny sposób uzupełnienia formularza cenowego. W ocenie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. powyższe uniemożliwiało Zamawiającemu zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i odrzucenie oferty. Ze względu na to, że Wykonawca kwestionuje także w niniejszym odwołaniu poprawność ofert złożonych

przez pozostałych wykonawców, interes Odwołującej się manifestuje się w tym, że w razie jego uwzględnienia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. będzie ofertą najkorzystniejszą.

Niezależnie od powyższego, podkreślić należy, że także realizacja najdalej idącego wniosku odwołania, zmierzającego do uwzględnienia przez Izbę odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie postępowania pozwoliłby FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na możliwość uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu, w którym możliwe będzie zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 stycznia 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 74/18 uznała, iż wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Interes w uzyskaniu danego zamówienia, należy rozumieć jako interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia. Tak długo jak Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia i dąży do zawarcia umowy, to posiada interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołująca się jako wykonawca, którego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby nie została odrzucona, a zamawiający poprawnie nie zaniechałby odrzucenia innych ofert, posiada interes prawny we wniesieniu odwołania,

## II. Stan faktyczny

W dniu 6 sierpnia 2019 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie robót budowlanych na „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. „Ekopartnerzy na rzecz słonecznej energii Małopolski” z podziałem na części w ramach Subregionów”

W ramach zamówienia Odwołująca złożyła ofertą

- w Subregionie Tarnowskim, w częściach A,B i C,
- w Subregionie Wielickim, w częściach B i C,
- w Subregionie Olkuskim, w częściach B i C,
- w Subregionie Miechowskim, w części B.

W ramach zamówienia oferty złożyli także następujący wykonawcy:

- W Subregionie Tarnowskim,

- w części A (Hydon Energy sp. z o.o., Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k., JSB Construction PPHU J. S., Sanito sp. z o.o., Pro-Eco sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k., ML System S.A)

- w części B (Eco-Team sp. z o.o. sp.k., Sanito sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.)

- w części C (Ekologika sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.)

- W Subregionie Wielickim,

- w części A (Hydon Energy sp. z o.o., Columbus Energy sp. z o.o., Ekoenergia Polska sp. z o.o., Sanito sp. z o.o., ML System S.A.)

- w części B (Eco-Team sp. z o.o. sp.k., Sanito sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.)

- w części C (Ekologika sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.)

- W Subregionie Olkuskim,

- w części A (Hydon Energy sp. z o.o., Skorut Systemy Solarne sp. z o.o., JSB Construction PPHU J. S., Sanito sp. z o.o., ML System S.A.)

- w części B (Eco-Team sp. z o.o. sp.k., Sanito sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.)

- w części C (Ekologika sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.)

- W Subregionie Miechowskim,

- w części B (Sanito sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.).

W dniu 28 października 2019 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawców Sanito sp. z o.o., FlexiPower Group sp. z o.o. oraz Eco-Team sp. z o.o. sp.k. z zawiadomieniem o poprawieniu omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w złożonych formularzach ofertowych poprzez dokonanie - w ocenie Zamawiającego - nieuprawnionego rozbicia stawki VAT na dwie stawki, w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział w formularzu tylko jedną stawkę VAT. Jednocześnie Zamawiający wezwał powyższych wykonawców do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki pod rygorem odrzucenia oferty.

W dniu 30 października 2019 r. Eco-Team sp. z o.o. sp.k. wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W dniu 4 listopada 2019 r. Wykonawca Sanito sp. z o.o. wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W dniu 4 listopada 2019 r. Wykonawca FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. poinformował Zamawiającego, że nie wyraża zgody na poprawienie omyłki zgodnie z zawiadomieniem, wnosząc jednocześnie o odrzucenie ofert wykonawców Hymon Energy sp. z o.o., Ecologika sp. z o.o., Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k oraz Sanito sp. z o.o.

Dowód:

- informacja o braku zgody na poprawienie omyłki pisarskiej z dnia 4 listopada 2019 r.

Wykonawca w ramach uzasadnienia powyższej informacji wskazał, że w formularzu cenowym Wykonawca w ramach oferty dla

- Subregionu Tarnowskiego,

- w części A - dodał do formularza kolumnę 7a rozbijając stawkę podatkową w 45 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),

- w części B - dodał do formularza kolumnę 5a rozbijając stawkę podatkową w 6 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),

- w części C - dodał do formularza kolumnę 4a rozbijając stawkę podatkową w 4 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej).

- Subregionu Wielickiego,

- w części B - dodał do formularza kolumnę 5a rozbijając stawkę podatkową w 9 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),

- w części C - dodał do formularza kolumnę 4a rozbijając stawkę podatkową w 2 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej).

- Subregionu Olkuskiego,

- w części B - dodał do formularza kolumnę 5a rozbijając stawkę podatkową w 7 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej),



- w części C - dodał do formularza kolumnę 4a rozbijając stawkę podatkową w 4 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej).

-Subregionu Miechowskiego

- w części B - dodał do formularza kolumnę 5a rozbijając stawkę podatkową w 9 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej).

Pozostali wykonawcy w postępowaniu w ramach formularzy cenowych dla Subregionu Tarnowskiego części A, B i C Subregionu Wielickiego część B i C, Subregionu Olkuskiego część B i C oraz Subregionu Miechowskiego części B pozostawili jedną stawkę podatkową dla każdej pozycji, nie rozdzielając odrębnie stawki podstawowej dla dokumentacji wykonawczej w sytuacji, gdy instalacja podlegała stawce preferencyjnej 8 %.

Po dokonaniu oceny ofert Zamawiający, w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzucił ofertę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

Odrzucenie oferty Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. narusza przepisy ustawy, co uzasadnia wniesienie odwołania na podstawie art. 180 ust. 1 p.z.p.

### III. Uzasadnienie prawne

Z uwagi na brzmienie punktu XI.2 SIWZ - OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w Specyfikacjach Technicznych stanowiące Załączniki nr 8A, 8B i 8C Wykonawca powinien w cenie brutto ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia oraz uwzględnić inne opłaty i podatki. W szczególności Wykonawca powinien uwzględnić w wycenie koszty materiałów i urządzeń, robocizny, sprzętu, transportu i logistyki, odbioru i utylizacji odpadów powstających przy wykonaniu przedmiotu zamówienia, a także wszystkich usług, analiz, szkoleń i koszty związane z zapewnieniem niezbędnych świadczeń w okresie rękojmi i gwarancji. Jednocześnie zgodnie z wzorem umowy (załącznik 7 do SIWZ) § 4 ust. 1. „Wykonawca zobowiązuje się wykonać Dokumentację wykonawczą (dalej: „Dokumentacja wykonawcza”) na podstawie posiadanej przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowej, kompletną i zdatną do należytego wykonania instalacji w budynkach Beneficjentów lub Zamawiającego oraz zgodną z ST. Wykonawca jest zobowiązany skompletować wszelkie dokumenty i informacje niezbędne do przygotowania Dokumentacji Wykonawczej na swój koszt oraz uwzględnić zalecenia producenta/producentów Materiałów niezbędne dla realizacji Inwestycji. Poszczególne Dokumentacja wykonawcza winna zostać przedłożona do akceptacji Zamawiającego przed wykonaniem Instalacji.”, a także § 4 ust. 3 „Wykonawca

uprawniony jest powierzyć opracowanie części lub całości prac z zakresu opracowania Dokumentacji wykonawczej specjalistycznym podmiotom, jednakże ponosi za ich działanie lub zaniechanie odpowiedzialność jak za własne działanie i zaniechanie.", co wskazuje na to, że Zamawiający wyraźnie oddzielił usługę sporządzenia i przekazania dokumentacji wykonawczej od wykonania samych instalacji. Usługa ta została także w sposób odrębny opisana w opisie przedmiotu zamówienia (załącznikach 8A - SST Panele fotowoltaiczne, punkt 2,3., 8B - SST Kolektory słoneczne, punkt 2.2.)

Zamawiający wskazał wprost, odpowiadając na pytanie 15. do SIWZ z dnia 23 września 2019 r., że dokumentacja wykonawcza winna być traktowana jako świadczenie samodzielne podlegające odrębnemu opodatkowaniu stawką podstawową.

Dokonując analizy podjętych przez Wykonawcę działań w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że w celu ustalenia ceny ofertowej uwzględniającej podatek VAT to na Wykonawcy spoczywa obowiązek obliczenia podatku VAT. Obowiązek zaklasyfikowania do właściwego grupowania statystycznego, a w konsekwencji zastosowania właściwej stawki podatku od towarów i usług spoczywa na Wykonawcy (podatniku - na gruncie przepisów prawa podatkowego). To na Wykonawcy (na gruncie prawa podatkowego: podatniku podatku od towarów i usług, a zarazem wystawcy faktury) ciąży obowiązek prawidłowego ustalenia stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do dokonywanej transakcji. Zgodnie z treścią art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, podatnicy oraz inne podmioty wystawiające faktury są obowiązani, bez wezwania naczelnika urzędu skarbowego, do obliczania i wpłacania podatku w ustalonych terminach na rachunek urzędu skarbowego. Zatem to na wykonawcy składającym ofertę spoczywa uwzględnienie w ramach obliczenia ceny odpowiedniej - jego zdaniem - stawki podatku od towarów i usług, czego konsekwencją jest następnie fakt wystawienia na rzecz zamawiającego faktury za wykonanie zamówienia.

Powyższe oznacza, że przyjęcie w cenie towaru lub usługi takiej lub innej stawki podatku od towarów i usług jest wyłącznym uprawnieniem podatnika - wystawcy faktury, którym na gruncie p.z.p. jest Wykonawca.

Zasada ta nie doznaje ograniczeń wynikających z treści p.z.p. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 874/11) „Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT, w inny sposób aniżeli poprzez wyraźne wskazanie sposobu obliczenia ceny w ofercie. Zgodnie z uzasadnieniem Izby przepisy prawa podatkowego przemawiają za przyjęciem tezy, iż ustalenie wysokości podatku od towarów i usług obejmujące także wybór stawki, należy wyłącznie do wykonawcy

W zakresie, w jakim powyższe działania wykonawcy wskazują na konieczność rozdzielenia pozycji w formularzu ofertowym, FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. pragnie powołać się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2018 r. - KIO 2210/18, w którym Izba stwierdziła, że „Zamawiający określił także w SIWZ oraz formularzu ofertowym, że do zamówienia zastosowanie znajdują dwie stawki podatkowe: 8% i 23%. Dlatego też wyodrębnienie w formularzu ofertowym Odwołującego dodatkowego punktu, gdzie umieszczono cenę za wykonanie dokumentacji projektowej stosując do tej czynności stawkę 23%, w przypadku budynków, gdzie sam montaż urządzeń objęty jest stawką obniżoną, nie można uznać za niezgodność merytoryczną z treścią SIWZ, która skutkować musi odrzuceniem oferty takiego wykonawcy. ” oraz „ W ocenie składu Izby wyspecyfikowanie kosztów pewnego zakresu prac w formularzu ofertowym nie podważa merytorycznej zawartości oferty danego wykonawcy. Nie ma różnicy w ujęciu tych kosztów w innych pozycjach a wyodrębnieniu ich jako odrębny punkt formularza ofertowego, jeżeli inne elementy takiego wyliczenia (właśnie wspomniana stawka podatku VAT) nie są kwestionowane.". W stanie faktycznym powyższego orzeczenia Izba uznała, że wyodrębnienie określonych elementów zamówienia w celu określenia prawidłowych stawek VAT, jeżeli te różnią się dla konkretnych czynności stanowiących przedmiot zamówienia nie stanowi niedozwolonej ingerencji w treść formularza ofertowego.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla każdej z części Zamawiający przedstawił wymóg wykonania dla każdej instalacji dokumentacji wykonawczej.

Wobec powyższego koniecznym w obliczeniu ceny ofertowej całkowitej było uwzględnienie kosztów sporządzenia dokumentacji wykonawczej przez Wykonawcę. Nie było tym samym możliwe zakwalifikowanie ceny dokumentacji wykonawczej jako składowej części instalacji, ze względu na fakt, że jej wykonanie - zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi podatku od towarów i usług - podlega 23 % stawce podatku VAT, podczas gdy sam Zamawiający w SIWZ wskazał różnorodność stawki 8% i 23% w zależności od związania instalacji z budynkiem mieszkalnym. Dla uwzględnienia ceny dokumentacji projektowej w cenie jednostkowej instalacji należałoby zakwalifikować świadczenie polegające na sporządzeniu tej dokumentacji jako nierozzerwalne z dostawą i montażem instalacji, co umożliwiłoby zastosowanie preferencyjnej stawki VAT, gdy instalacja związana jest z budynkiem mieszkalnym i podlega stawce 8 % (art. 41 ust. 12 b ustawy o VAT). Charakter czynności innych niż dostawa i montaż kolektorów słonecznych, które stanowią przedmiot zamówienia nie pozwala na obiektywne uznanie tych czynności za nierozzerwalnie związane z głównym przedmiotem zamówienia. Za powyższym stanowiskiem przemawiają linie orzecznicze Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którymi : „Możliwość stosowania obniżonej stawki VAT

oznacza, że w przypadku transakcji obejmującej wiele elementów konieczne jest ustalenie, czy transakcję taką należy uważać za jedno świadczenie, podlegające jednemu traktowaniu podatkowemu, czy też za dwa lub więcej odrębnych świadczeń, które mogą być traktowane odmiennie {K.Różycki, Zasady ustalania podstawy opodatkowania usług kompleksowych, EI./Lex; Wyroki o sygn. akt TSUE C-464/12, C-366/12, C-155/12, C-224/11, C-532/11, C-497/09, C-499/09, C-501/09 C-502/09 i inne, NSA o sygn. akt I FSK 232/08, I FSK 708/07}. Zgodnie z przedstawionym stanowiskiem judykatury, świadczenie jednolite, które można objąć by jedną preferencyjną stawką VAT występowałoby w przypadku, gdy czynności dokonane przez podatnika - wykonawcę byłyby sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielanie nie miałoby żadnego ekonomicznego uzasadnienia. Można natomiast wyobrazić sobie, że Zamawiający rozpisuje oddzielne postępowanie na wykonanie dokumentacji i oddzielne na wykonanie instalacji objętej uprzednio wykonanym projektem. Takie stanowisko wyraziła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 marca 2017 r. (sygn. KIO 318/17 i KIO 329/17) Ponieważ dokumentacji projektowej nie można uznać za świadczenie niepodzielne z samą dostawą i montażem, a co za tym idzie brak jest podstaw do zastosowania wobec niej preferencyjnej stawki 8 % VAT w zakresie w jakim obejmowałaby instalacje objęte taką stawką koniecznym w ocenie wykonawcy stało się wyodrębnienie części ceny i wskazanie jej w formularzu ofertowym, w taki sposób żeby zaproponowana cena jak najpełniej odzwierciedlała wynagrodzenie z jednoczesnym nienarażaniem swojego interesu - jako potencjalnego Wykonawcy - oraz interesu Zamawiającego na ewentualne naruszenie przepisów prawa podatkowego.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że pomimo takiego rozdzielania ceny, oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie traciła waloru porównywalności z uwagi na punkt XU. SIWZ, w którym Zamawiający w sposób jasny określił że dla porównania i oceny ofert Zamawiający przyjmie całkowitą cenę brutto dla danej części zamówienia, jaką poniesie na realizację przedmiotu zamówienia.

Działanie wykonawcy nie miało na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub obejścia postanowień SIWZ. Wręcz przeciwnie - z punktu widzenia rachunku ekonomicznego - wyodrębnienie dokumentacji projektowej, w całości w stawce 23 % bez możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT jest dla FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. mniej opłacalne, niż gdyby cena ta została podzielona w opozycji do wyżej przywołanej linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Cena dokumentacji powykonawczej jest w całości uwzględniona, zarówno w wyliczeniu netto, jak i brutto, ceny ofertowej całkowitej i w żaden sposób -

uwzględnienie oferty jako prawidłowej - nie narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Tym samym błędnym zachowaniem Zamawiającego było zawiadomienie o poprawieniu omyłki - ponieważ omyłka ta nie istniała w treści oferty, a działanie Wykonawcy FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. było właściwe i zgodne z ustawą oraz przede wszystkim Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Tym samym wyciągnięcie na tej podstawie konsekwencji wobec Wykonawcy polegających na odrzuceniu jego oferty stanowi czynność niezgodną z ustawą.

W ocenie Wykonawcy jedynie takie sformułowanie oferty, jakie zaproponował Wykonawca mogło spowodować wypełnienie założeń SIWZ przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia i opisie sposobu obliczenia ceny.

Wskazać należy, że błąd w określeniu stawki podatku VAT po otwarciu ofert może w określonym stanie faktycznym nie podlegać poprawie pozwalającej na dalsze prowadzenie postępowania. Uznanie przez Zamawiającego, że zastosowane przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. rozdzielenie stawek podatkowych za niezgodne z SIWZ na zasadzie równego traktowania wykonawców powinno zostać rozciągnięte na wszystkich wykonawców. Skutkiem powyższego będzie sprzeczność SIWZ z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego. Uznanie za niedopuszczalną takiej modyfikacji formularza ofertowego jakiej dokonała FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k., która to modyfikacja była wynikiem błędnego przygotowania formularza ofertowego przez Zamawiającego spowoduje, że postępowanie obarczone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający przygotowuje opis przedmiotu zamówienia i precyzuje sposób obliczenia ceny. Elementy te powinny być skonstruowane tak aby ze sobą korespondować, inne podejście doprowadzić może do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i niezachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność na gruncie p.z.p. za prawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, jak i za wskazanie sposobu obliczenia ceny.

W wyroku KIO z dnia 25 września 2017 r. sygn. akt KIO 1869/17 Izba wskazała, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty / obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. (...)” Istotnym jest także podkreślenie, że opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia powinien spełniać wymogi przedstawione przez ustawodawcę w art. 29 ust. 1 p.z.p. „Art 29 ust 1 p.z.p. nakłada na

zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art 7 ust 1 p.z.p. (...) Przepis art 93 ust 1 pkt 7 p.z.p. nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje art. 146 ust 6 p.z.p., który upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania."

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna zgodnie z art. 36 zawierać zarówno opis przedmiotu zamówienia jak i opis sposobu obliczenia ceny. Sposób obliczenia ceny określony w SIWZ musi być jasny i rzetelny oraz w swym założeniu skorelowany z opisem przedmiotu zamówienia. W tym przedmiocie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1488/14, KIO 1548/14: „(...) Obowiązkiem zamawiającego było wskazanie w treści SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny sposobu obliczenia ceny. Wszelkie niejasności w tym zakresie Izba zobowiązana jest interpretować na korzyść wykonawców. (...) Brak staranności ze strony zamawiającego w zamieszczeniu powyższego zapisu w treści SIWZ nie może stanowić uzasadnienia dla odrzucenia oferty odwołującego, gdyż to odwołujący byłby obciążony konsekwencjami wynikającymi z błędów zamawiającego, zaś sam zamawiający nie ponosiłby żadnych konsekwencji z tytułu błędów popełnionych w dokumentacji postępowania. (...) Zamawiający winien dochować należytej staranności sporządzając oba dokumenty tj. ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ przede wszystkim dbając o zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sposób sporządzenia powyższych dokumentów przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest zaprzeczeniem tych zasad. (...) Izba zauważa, że to treść art. 36 ust 1 p.z.p. reguluje minimalną treść SIWZ. Brak jest w p.z.p. przepisu, który zwalniałby zamawiającego z obowiązku zamieszczenia w treści SIWZ informacji o sposobie obliczenia ceny, z uwagi na fakt, że informacja ta jest zamieszczona w treści SIWZ. Ponadto, przepisy ustawy z 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025) - dalej k.c. mają zastosowanie, jeżeli przepisy p.z.p. nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy Pzp zawierają wyczerpującą regulację dotyczącą obowiązkowych informacji jakie winny być zamieszczone w treści SIWZ i brak jest podstaw do stosowania w tym zakresie przepisów k.c. Przystępujący pomija w swoich argumentach fakt, że w pierwszej

kolejności sam zamawiający nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku wynikającego z art. 36 ust. 1 pkt 12 p.z.p. i to właśnie niewypełnienie ciężącego na nim obowiązku spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Pominięcie tej istotnej okoliczności i próba obarczenia odwołującego konsekwencjami błędów zamawiającego jest w ocenie Izby nieuprawnione. Ponadto Izba uznała, że z uwagi na uwzględnienie zarzutu o bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego, czynności podjęte przez zamawiającego w celu wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę poprzedzające odrzucenie oferty należy uznać za bezpodstawne. (...)"

FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. wskazuje, że zgodnie z powyższą interpretacją oferty złożone w postępowaniu przez Wykonawców -

- a) Hymon Energy sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,
- b) Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,
- c) JSB Construction PPHU J. S. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A,
- d) Sanito sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A i B Subregionu Wielickiego części B, Subregionu Olkuskiego części B oraz Subregionu Miechowskiego części B,
- e) Pro-Eco sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,
- f) ML System S.A. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A,
- g) Eco-Team sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części B, Subregionu Wielickiego części B oraz Subregionu Olkuskiego części B,
- h) Ekologika sp. z o.o.

zawierają błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, a przez to podlegają odrzuceniu przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 p.z.p. Zamawiający zaniechując ich odrzucenia dokonał czynności niezgodnej z ustawą.

W zakresie ofert Sanito sp. z o.o. oraz Eco - Team sp. z o.o. podnieść należy, że oferty te stały się wadliwe wskutek działania Wykonawców zezwalających na poprawę treści oferty. W świetle okoliczności, że wykonawcy ci są profesjonalistami, nie powinno budzić wątpliwości, że wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, skutkujące zastosowaniem niewłaściwych stawek podatku w obliczeniu ceny obciąża ich ofertę, a co za tym idzie wskutek braku

sprzeciwu, czy podjęcia polemiki z Zamawiającym, nie podjęli oni skutecznej obrony prawidłowego stanowiska w postępowaniu. Tym samym oferty te powinny zostać odrzucone.

Niezależnie od tego wskazać należy, że także pierwotnie przyjęta przez Sanito sp. z o.o. metodologia podziału samej stawki podatkowej w formularzu, bez wyodrębnienia ceny netto jest również błędna, z uwagi na fakt, że nie pozwala bez założenia przez Zamawiającego określonej danej obliczenia ceny netto dla poszczególnych elementów kształtujących cenę danej instalacji dla odrębnych stawek VAT - w tym przypadku możliwość określenia ceny netto opiera się jedynie na założeniu, że cena dokumentacji, dla której zastosowana zostanie stawka 23 % wynosi daną określoną kwotę, co nie pozwala na porównanie tej oferty z ofertami innych wykonawców.

Jednocześnie z uwagi na niemożność tak głębokiej modyfikacji i ingerencji w ofertę przez Zamawiającego, nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. i poprawienie ewentualnych omyłek rachunkowych. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej - oferta zawierająca nieprawidłową stawkę VAT podlega odrzuceniu tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 971/05. Również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 53/11) zajął następujące stanowisko: "W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem zamawiający w specyfikacji, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał tę stawkę, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art 87 ust 2 pkt 3), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w jej treści. Może też skutkować odrzuceniem oferty, jeżeli różnica powodowałaby istotne zmiany w treści oferty, a więc w sytuacji równoważnej z sytuacją, w której treść oferty pozostaje w sprzeczności ze specyfikacją (art 89 ust 1 pkt 2) oraz gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki (art. 87 ust 2 pkt 3 w związku z art 89 ust 1 pkt 7 p.z.p.). Jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 p.z.p., o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny" oraz w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 52/11) "Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na



niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności."

W przedmiotowej sytuacji poprawienie omyłki obejmowałoby ingerencję zamawiającego w koszt jednostkowy instalacji, tym samym nie byłoby to tylko poprawienie stawki, ale także „oddzielenie” dwóch części ceny stanowiących niezależne podstawy opodatkowania - na jedną objętą stawką 8 % i drugą objętą stawką 23 %. Zamawiający nie ma tym samym w ocenie odwołującej możliwości poprawienia ofert i koniecznym jest ich odrzucenie w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

### 3. Wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującej się ma taki wpływ na wynik że nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Jak wskazuje izba m.in. w wyroku z dnia 5 października 2016 r. (KIO 1760/16) „Za wynik postępowania należy uznać wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej.” Uwzględnienie odwołania i ponowienie czynności oceny ofert będzie skutkowało tym, że w postępowaniu wybrana będzie mogła być oferta Odwołującej się lub innego wykonawcy.

W związku z powyższym, wniesiono jak w petitum odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Sygn. akt KIO 2629/19 FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.**

1. Co do zarzutu CZĘŚĆ A, B subregion Tarnowski, Wielicki, Olkuski, Miechowski CZĘŚĆ C subregion Tarnowski, Wielicki, Olkuski, **1a) Naruszenie art. 89 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp.** Zamawiający odrzucił oferty odwołującego z powodu braku zgody na poprawienie omyłek polegających na dodaniu dodatkowych pozycji w formularzu cenowym, a zdaniem odwołującego nie było tam omyłek: -dla Subregionu Tarnowskiego,-w części A -kolumny 7a rozbijając stawkę podatkową w 45 wierszach dla dwóch odrębnych cen

netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej), w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 6 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej), - w części C - kolumny 4a rozbijając stawkę podatkową w 4 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej) - dla Subregionu Wielickiego, - w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 9 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej), -w części C - kolumny 4a rozbijając stawkę podatkową w 2 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej). - dla Subregionu Olkuskiego, -w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 7 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej)- w części C - kolumny 4a rozbijając stawkę podatkową w 4 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej). - dla Subregionu Miechowskiego - w części B - kolumny 5a rozbijając stawkę podatkową w 9 wierszach dla dwóch odrębnych cen netto (jednej dla wykonania instalacji, jedną dla dokumentacji wykonawczej).

Zdaniem odwołującego bez dodania tych pozycji, nie można było podać cen w sposób żądany przez zamawiającego. Wzór umowy § 4 i pkt XII siwz. Zamawiający wskazał wprost, odpowiadając na pytanie 15. do SIWZ z dnia 23 września 2019 r., że dokumentacja wykonawcza winna być traktowana jako świadczenie samodzielne podlegające odrębnemu opodatkowaniu stawką podstawową. Wg odwołującego wykonanie dokumentacji nie jest nierozzerwalnie związane z dostawą i montażem instalacji, więc nie może być zastosowana wspólna stawka. **1b) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i 12b ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, a także naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p.** przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: a) Hymon Energy sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A, b) Neostar Green Energy sp. z o.o. sp.k. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A, c) JSB Construction PPHU J. S. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A, d) Sanito sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego, części A i B Subregionu Wielickiego części B, Subregionu Olkuskiego części B oraz Subregionu Miechowskiego części B, e) Pro-Eco sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A, f) ML System S.A. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części A, g) Eco-Team sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części B, Subregionu Wielickiego części B oraz Subregionu Olkuskiego części B, h) Ekologika sp. z o.o. w zakresie oferty złożonej dla Subregionu Tarnowskiego części C, Subregionu

Wielickiego części C oraz Subregionu Olkuskiego części C, niezawierających w formularzach cenowych podziału stawki VAT na 8 % dla robót w obrębie budynku mieszkalnego i 23 % dla wykonania dokumentacji wykonawczej, podczas gdy wykonanie dokumentacji wykonawczej stanowi usługę, objętą 23 % stawką podatku od towarów i usług i nie może być traktowana jako świadczenie jednolite wobec robót wykonanych w obrębie budynku mieszkalnego, objętych stawką preferencyjną 8 %, a co za tym idzie wyliczenie ceny zawarte w ofertach jest niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Sanito i Eco-Team na początku miały rozbite stawki, ale wykonawcy ci wyrazili zgodę na poprawienie omyłek w tym zakresie. Przy czym rozbitcie Sanito było wadliwe, bo nie podał ceny netto.

#### Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2629/19FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.

#### Ad. 1a) i 1b)

Z § 4 ust. 1 i 3 projektu umowy wynika, że wykonawca zobowiązuje się wykonać dokumentację wykonawczą na podstawie posiadanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej i że może powierzyć jej wykonanie specjalistycznym podmiotom. W odpowiedzi na pytanie nr 15, pismem z dnia 23.09.2019 r. zamawiający stwierdził m.in., że: „Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do świadczenia zasadniczego, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem w skutecznym wykorzystaniu świadczenia zasadniczego. Ważne jest, czy świadczenia są ze sobą ściśle powiązane w taki sposób, że samodzielnie nie przynoszą wymaganej praktycznej korzyści z punktu widzenia przeciętnego konsumenta. Pojedyncza czynność lub świadczenie traktowana jest zatem jak element świadczenia kompleksowego wówczas, jeżeli cel świadczenia pomocniczego jest zdeterminowany przez świadczenie główne, które nie może zostać wykonane lub wykorzystane bez świadczenia pomocniczego. Zauważa się, że stanowisko to potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, m.in. wyrok w sprawie Card Protection Plan Ltd (CPP) a Commissioners of Customs and Excise (sygn. C-349/96), wyrok w sprawie Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV przeciwko Statssecretaris van Financien (C-41/04). Mając powyższe na uwadze, Zamawiający stoi na stanowisku, iż stawką VAT dla wykonania projektu wykonawczego będzie stawka podstawowa 23%”. Następnie pismem z dnia 09.10.2019 r. zamawiający odpowiedział na pytanie nr 2:

„Pytanie nr 2: Zamawiający w dniu 26.09.2019 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 15, w którym określił dla projektów stawkę VAT w wysokości 23%. Formularz cenowy obejmuje

tylko koszty poszczególnych typów instalacji solarnych, bez wyodrębnienia projektów instalacji solarnych. Prosimy o informację, gdzie w ofercie wykonawca ma podać koszty wykonania projektów dla instalacji solarnych montowanych na budynkach mieszkalnych, ponieważ w formularzach cenowych Zamawiający dla tych instalacji sam narzucił stawki VAT 8%.

Odpowiedź nr 2: Koszt przygotowania dokumentacji wykonawczych, należy uwzględnić w cenach jednostkowych poszczególnych typów instalacji przedstawionych w Formularzach cenowych.”

W świetle ww. okoliczności należy ocenić, czy wykonanie dokumentacji wykonawczej jest częścią świadczenia głównego, jakim jest montaż i instalacja zestawów fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych i pomp ciepła, czy też jest usługą odrębną, niezwiązaną ściśle z montażem i instalacją ww. urządzeń. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wykonanie dokumentacji wykonawczej jest potrzebne wyłącznie do tego, żeby wykonać właściwe prace polegające na montażu i instalacji zamawianych urządzeń. Wykonywanie ww. dokumentacji bez montażu i instalacji urządzeń nie miałoby w przedmiotowym stanie faktycznym żadnego sensu i znaczenia ani dla zamawiającego, ani dla odbiorców końcowych. Wymienienie dokumentacji wykonawczej w projekcie umowy nie zmienia powyższego i nie powoduje, że wykonanie tej dokumentacji nabiera charakteru samodzielnej, odrębnej usługi, która może być zrealizowana bez względu na realizację montażu i instalacji. Wykonanie dokumentacji wykonawczej należy zatem uznać za usługę pomocniczą w stosunku do świadczenia zasadniczego, jakim jest montaż i instalacja ww. urządzeń, gdyż jest ona jedynie środkiem potrzebnym do skutecznego wykonania świadczenia zasadniczego. Oznacza to, że do całego świadczenia miała zastosowanie jednolita stawka podatku VAT i wykonawcy nie byli uprawnieni do zmiany formularzy cenowych i dodania dodatkowych pozycji ze stawką odrębną dla dokumentacji wykonawczej.

Powyższego nie zmienia odpowiedź zamawiającego z dnia 23.09.2019 r., gdyż nie odnosiła się ona do sposobu wypełnienia ww. formularzy, ponadto omawiana kwestia została ostatecznie przesądzona w późniejszej odpowiedzi z dnia 09.10.2019 r., w której zamawiający stwierdził, że koszt dokumentacji wykonawczej należy uwzględnić w cenach jednostkowych poszczególnych typów instalacji przedstawionych w formularzach cenowych, a zatem Zamawiający wykluczył dzielenie pozycji na pozycje z odrębnymi stawkami VAT.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego i zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców zatem nie potwierdził się.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy pzp, ponieważ Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Ponadto Odnosząc się do wniosku Przystępującego Sanito o odrzucenie odwołania o sygn. akt KIO 2629/19 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - z uwagi na jego wniesienie po upływie terminu – niniejszy wniosek Przystępującego Sanito należało oddalić. Przystępujący Sanito wniosek o odrzucenie odwołania uzasadniał tym, że Odwołujący Flexipower – odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na odmowę wykonawcy na poprawienie omyłki w treści jego oferty – powinien wnieść od czynności niewyrażenia zgody na jej poprawienie wyrażonej w piśmie z dnia 4 listopada 2019 r., względnie od czynności wezwania Zamawiającego z dnia 28 października 2019 r. informującego wykonawcę o poprawieniu omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Odwołujący Flexipower wskazywał, że istotne znaczenie w niniejszej sprawie ma czynność Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2019 r. – polegająca na faktycznym odrzuceniu oferty Odwołującego Flexipower na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący Flexipower dodał, że odwołanie wnosi się od czynności Zamawiającego – a Zamawiający wobec stanowiska wykonawcy Flexipower z dnia 4 listopada 2019 r. mógł zmienić swoje stanowisko i ostatecznie podjąć decyzję o nieodrzucaeniu oferty Odwołującego Flexipower. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego Flexipower, że nie istnieją w tym stanie faktycznym podstawy do odrzucenia odwołania o sygn. akt KIO 2629/19 wykonawcy Flexipower na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia niniejszego wniosku istotne znaczenie mają następujące przepisy. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo – co również ma znaczenie dla niniejszej sprawy – zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Z analizy niniejszych przepisów wynika zatem – na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący Flexipower – że odwołanie przysługuje od czynności zamawiającego mających miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – nie zaś ewentualnych czynności wykonawcy podjętych w toku tego postępowania. Zgodzić należało

się również z uzasadnieniem, że samo wezwanie wykonawcy do poprawienia omyłki nie może rozpoczynać biegu terminu na wniesienie odwołania – gdyż nie można uznać arbitralnie, że wezwanie do poprawienia omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wywoła skutek w postaci niewyrażenia zgody na jej poprawienie. Nie można zatem – wobec konstrukcji przepisów ustawy Pzp wyraźnie wyodrębniającej sytuację, w której niewyrażenie zgody na poprawienie innej omyłki stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – uznać, że odmowa wykonawcy w sposób automatyczny – bez odrębnych czynności zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty wykonawcy. Ustawodawca w sposób wyraźny rozróżnił czynność poprawienia innej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z czynnością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy – wiążąc skutek w postaci niewyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki z odrzuceniem oferty, która to czynność – w świetle przepisów ustawy Pzp – jest odrębną czynnością Zamawiającego i nie może być przypisywana w żaden sposób wykonawcy. Niewątpliwie również Zamawiający odrzucając ofertę – chociażby na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy – zobowiązany jest uzasadnić niniejsze odrzucenie – wobec treści art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, podając uzasadnienie faktyczne i prawne tego odrzucenia. Tym samym stwierdzić należy, że ani poprawienie omyłki przez Zamawiającego, ani odmowa wyrażenia zgody na poprawienie tej omyłki, nie przesądzały o tym, że oferta Odwołującego Flexipower zostanie odrzucona. Czynność odrzucenia została zaś dokonana i uzasadniona przez zamawiającego dopiero w piśmie z dnia 12 grudnia 2019 r. i dopiero od tej daty biegł termin na wniesienia odwołania, którego celem jest m.in. przywrócenie ofert Odwołującego do postępowania. Reasumując Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Przystępującego Sanito, że termin na wniesienie odwołania o sygn. akt KIO 2629/19 należało liczyć od pisma wykonawcy Flexipower z dnia 4 listopada 2019 r., bądź ewentualnie od wezwania Zamawiającego z dnia 28 października 2019 r. Izba nie zgodziła się również ze stanowiskiem Przystępującego Sanito, że Odwołujący Flexipower nie posiada interesu we wniesieniu tego odwołania, gdyż odwołanie to jest spóźnione. Przystępujący Sanito brak interesu we wniesieniu odwołania uzasadniał – analogicznie jak w przypadku wniosku o odrzucenie odwołania – tym, że odwołanie jest spóźnione z uwagi na to, że bieg terminu powinien być liczony od pisma wykonawcy Flexipower z dnia 4 listopada 2019 r. W ocenie Izby zgodzić należało się z Odwołującym Flexipower, że Przystępujący Sanito ponownie – wobec oddalenia wniosku o odrzucenie odwołania próbuje stanowisko swoje uzasadnić brakiem interesu wykonawcy Flexipower. Zdaniem Izby Odwołujący Flexipower legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, gdyż unieważnienie czynności odrzucenia jego ofert z jednoczesnym odrzuceniem pozostałych wskazanych w jego odwołaniu ofert, prowadziłoby do wybrania jego ofert jako najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia, ponadto kwestionowane w postępowaniu czynności i zaniechania pozbawiają go możliwości

uzyskania zamówień określonych częściowych. Z powyższego wynika zatem interes i możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Przystępujący Sanito w żaden sposób nie wykazał natomiast braku przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jak już zauważono Przystępujący Sanito przesłanki wynikające z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp próbuje uzasadnić brakiem interesu we wniesieniu odwołania, jednakże przesłanek zawartych w ww. przepisach nie można ze sobą utożsamiać, a zatem z argumentacją Przystępującego Sanito nie można się zgodzić. Zauważenia wymaga, że przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp są przesłankami materialnoprawnymi, w przeciwieństwie do przesłanek odnoszących się do odrzucenia odwołania, które zaliczane są do przesłanek formalnoprawnych badanych przez Izbę na posiedzeniu. Nie można także uznać, że przywołane przez Przystępującego Sanito orzecznictwo wprost odpowiada niniejszej sprawie. Stwierdzić zatem należy, że Przystępujący Sanito nie wykazał brak przesłanek wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp a Odwołujący Flexipower na moment wniesienia odwołania legitymował się interesem wynikającym z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się jeszcze do argumentacji Przystępującego Eco-team – wskazującego, że w przypadku uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 2629/19 złamana zostanie zasada równości, wobec zgody innych wykonawców na poprawę niniejszej omyłki - zauważyć należy, że interes we wniesieniu odwołania należy badać na moment jego wniesienia, nie zaś przenosić na ewentualne hipotetyczne czynności, które mogą mieć miejsce w przyszłości – choć nie muszą – wobec ewentualnego uwzględnienia tego odwołania. Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W konsekwencji Odwołujący Flexipower – wobec odrzucenia jego oferty w dniu 12 grudnia 2019 r. na moment wniesienia tego odwołania posiadał interes wynikający z przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego ponowny wniosek Przystępującego Sanito, jak też argumentacja Przystępującego Eco-team, nie zasługiwały na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet niniejszego postępowania odwoławczego o sygn. akt 2629/19 kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. na rzecz zamawiającego kwotę 4 232 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści dwa złotych dwadzieścia groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

**Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.**

**SANITO Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pn. „Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. "EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI" z podziałem na Części w ramach Subregionów." Zadanie inwestycyjne finansowane w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020, 4. Oś Priorytetowa Regionalna Polityka Energetyczna, Działanie 4.1 Zwiększenie wykorzystania odnawialnych Źródeł energii; Poddziałanie 4.1.1 Rozwój infrastruktury produkcji energii ze źródeł odnawialnych, Znak postępowania: SZPT/ZP-02/07/2019, zwanym dalej „Postępowaniem”, w zakresie dotyczącym Subregionu Tarnowskiego, Subregionu Wielickiego, Subregionu Olkuskiego, Subregionu Miechowskiego.

**Odwołanie**

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej „Ustawą” lub „ustawą Pzp” lub „uPzp”, wniesiono odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania, polegających na:

1. dokonaniu wyboru ofert Hymon Energy Sp. z o.o. z/s ul. Dojazd 16a, 33-100 Tarnów (dalej jako „Hymon”) oraz Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp. k. z/s Gościńiec 176, 93-646 Łódź (dalej jako „Neostar”) w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów-zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 12.12.2019 r. - jako najkorzystniejszej w zakresie zamówienia, co miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem odrzucenia oferty w/w wykonawców ( Hymon: subregion Tarnów, subregion Wielicki, subregion Hymon, Neostar subregion Miechowski);



2. zaniechaniu odrzucenia ofert Hymon Energy Sp. z o.o. z/s ul. Dojazd 16a, 33-100 Tarnów (dalej jako „Hymon”), Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp. k. z/s ul. Gościńiec 176,93-646 Łódź (dalej jako „Neostar\*”), ML System S.A. z/s 36- 062 Zaczernie 190G (dalej jako „ML System”), JSB Construction PPHU J. S. z/s ul. Potokowa 12a/1, 80-297 Banino.(dalej jako „JSB”), Pro-Eco Sp. z o.o. z/s al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia (dalej jako „Pro-Eco”), Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. z/s ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska (dalej jako „FlexiPower”), Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. z/s ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice (dalej jako „Skorut”), w odpowiednich częściach A i B poszczególnych Subregionów, w których wyżej wymienieni wykonawcy składali oferty - zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 12.12.2019 r., co miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem odrzucenia oferty w/w wykonawców,

co szczegółowo zostanie przedstawione w uzasadnieniu odwołania;

- zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy wprowadzili Zamawiającego w błąd, w zakresie szczegółowo opisanych w uzasadnieniu odwołania;
- zaniechaniem udostępnienia/odtajnienia ofert Pro-Eco, FlexiPower, co miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem Zamawiającego w zakresie prawidłowości oceny dokonanych zastrzeżeń przez w/w wykonawców oraz w zakresie naruszenia przepisów o jawności dokumentacji postępowania,

### Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu (odpowiednio w zakresie dotyczącym Subregionu Tarnowskiego część A i B, Subregionu Wielickiego część A i B, Subregionu Olkuskiego część A i B, Subregionu Miechowskiego część A i B) przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez wybór ofert Hymon oraz Neostar w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów - zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 12.12.2019 r. - jako najkorzystniejszej w zakresie zamówienia, podczas gdy oferta w/w wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z nieprzeprowadzeniem stosownych wyjaśnień treści oferty wobec rozbieżności pomiędzy wymogami SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, a treścią oferty;

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zaniechanie odrzucenia ofert Hymon Energy Sp. z o.o. z/s ul. Dojazd 16a, 33-100 Tarnów (dalej jako „Hymon”), Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp. k. z/s ul. Gościńiec 176, 93-646 Łódź (dalej jako „Neostar”), ML System S.A. z/s 36-062 Zaczernię 190G (dalej jako „ML System”), JSB Construction PPHU J. S. z/s ul. Potokowa 12a/1, 80-297 Banino (dalej jako „JSB”), Pro-Eco Sp. z o.o. z/s al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia (dalej jako „Pro-Eco”), Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. z/s ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska (dalej jako „FlexiPower”), Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. z/s ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice (dalej jako „Skorut”), w odpowiednich częściach A i B poszczególnych Subregionów, w których wyżej wymienieni wykonawcy składali oferty - zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 12.12.2019 r. - podczas gdy oferty w/w wykonawcy podlegały odrzuceniu jako niezgodne z SIWZ, względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z nieprzeprowadzeniem stosownych wyjaśnień treści oferty wobec rozbieżności pomiędzy wymogami SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, a treścią oferty;
3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd na podstawie oświadczeń złożonych w ofercie;
4. naruszenie art. 8 ust. 1, ust. 2, ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle zaniechania udostępnienia/odtajnienia ofert Pro-Eco, FlexiPower, co miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem czynnością Zamawiającego w zakresie prawidłowości oceny dokonanych zastrzeżeń przez w/w wykonawców oraz w zakresie naruszenia przepisów o jawności dokumentacji postępowania, w niepełny sposób udostępnionej na stronie internetowej Zamawiającego, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

### Żądania

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze ofert Hymon oraz Neostar w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów - zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 12.12.2019 r. - jako najkorzystniejszych w Postępowaniu;
2. udostępnienie/odtajnienie ofert złożonych przez Pro-Eco i FlexiPower;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert, Hymon, Neostar, ML System S.A, JSB, Pro-Eco, Flexipower Group, Skorut, w odpowiednich częściach A i B poszczególnych Subregionów, w których wyżej

wymienieni wykonawcy składali oferty, w tym nakazanie odrzucenia tych ofert (w tym w odniesieniu do oferty FlexiPower na podstawie dodatkowej przesłanki odrzucenia);

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach A poszczególnych Subregionów na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z pkt 1 i 2.

#### Interes

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w części A dla poszczególnych Subregionów Tarnowskiego, Subregionu Wielickiego, Subregionu Olkuskiego, Subregionu Miechowskiego doznał uszczerbku, a w zakresie części B może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację (w zakresie części A), przy czym w zakresie części B Odwołujący może doznać uszczerbku, gdyż nie jest wykluczone, że wykonawca odrzucony nie podejmie próby przywrócenia się do postępowania, co zagrozi interesowi Odwołującemu. Ponadto w wyniku opisanych czynności w odwołaniu sytuacja faktyczna i prawna może ulec znaczącej zmianie, co dodatkowo uzasadnia, że w interesie Odwołującego jest doprowadzenie do sytuacji, w której wszystkie nieprawidłowe oferty wykonawców powinny być w postępowaniu odrzucone. Zgodnie z ustalonymi w SIWZ wymaganiami, prawidłowe dokonanie oceny ofert opisanych w żądaniach i zarzutach powinno skutkować odrzuceniem tych ofert, względnie przeprowadzeniem wyjaśnień ich treści. Mając na uwadze zasadę odwróconej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący jest uczestnikiem, którego oferta nadal może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną Odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Ustawy, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, a tym samym informacja o zaniechaniu odrzucenia wskazanych ofert w przedmiotowym postępowaniu, będąca podstawą zarzutów, miała miejsce w dniu 12.12.2019 r. Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 23.12.2019 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) uPzp. Zgodnie z art. 180 ust. 5 Ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący przedstawił argumentację formalną i prawną.

Odwołujący, wnosząc niniejsze odwołanie, z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie oceny i dokonania wyboru ofert w częściach A dla poszczególnych Subregionów jako ofert najkorzystniejszych, w tym nieprawidłową ocenę pozostałych złożonych ofert w ramach części A i B dla poszczególnych Subregionów, wskazując jak poniżej.

W zakresie dotyczącym oferty Hymon

1. Termin składania ofert upływał w dniu 15.10.2019 roku. W formularzu ofertowym dla instalacji fotowoltaicznych Wykonawca oznaczył, że spełnia kryterium punktowe dla modułów fotowoltaicznych podwyższonej wytrzymałości na obciążenia mechaniczne ponad 7500Pa. W dokumentach składanych na uzupełnienia należało potwierdzić wszystkie parametry paneli PV, więc Wykonawca złożył też raport z badań na 8000Pa (Technical Report No. 70.406.19.095.18-00), wraz z oświadczeniem Ulicasolar o wskazaniu konkretnego modelu urządzenia (Certificate for 8000Pa). Nieprawidłowość zachowania się Wykonawcy polega na tym, że raport z testu datowany jest na dzień 24.10.2019r. (badanie zostało zlecone dopiero dnia 15.10.2019r.), więc po terminie składania ofert. Co za tym idzie, na dzień składania ofert Wykonawca nie posiadał tej wytrzymałości 8000Pa, więc nie powinien był otrzymać punktacji w tym kryterium, a dodatkowo wprowadzili Zamawiającego w błąd, bo w formularzu ofertowym zaznaczył że ma tę wytrzymałość, mimo że nie posiadał takiego dokumentu, który na dzień składania oferty taki parametr potwierdzałby. Samo oświadczenie od Ulicasolar wskazuje że badanie zostało wykonane w dniu 24.10.2019r.

2. W formularzach cenowych instalacji fotowoltaicznych Wykonawca podał model UL-325M-S, a w formularzu ofertowym UL-325-60. Kartę katalogową Wykonawca złożył na modelu UL-325-60. Zamawiający w piśmie z dnia 28.11.2019r. poprawił im nazwę UL-325M-S na UL-325-60, jako oczywistą omyłkę pisarską co prowadzi do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie. Zamawiający co najmniej dopuścił się naruszenia przepisów art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, albowiem nie zostało wykluczone, że producent może posiadać moduł o nazwie UL-325M-S. Zaoferowanie dwóch produktów przez Wykonawcę wariantowość złożonej oferty, czego Zamawiający nie dopuścił, względnie świadczy o złożeniu dwóch ofert, co z kolei narusza art. 82 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, skoro Zamawiający wysłał pismo do Wykonawcy o wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, ale nie otrzymał żadnej odpowiedzi w tym przedmiocie, to należało uznać, że brak odpowiedzi, zgodnie z pismem, skutkuje odrzuceniem oferty.

3. Nieprawidłowy dobór inwerterów:

Subregion Tarnowski lp. 42,43,44,45

Subregion Wielicki lp. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 60, 61,62, 63, 64 Subregion Olkusi  
lp. 19,20, 50 Subregion Miechowski lp. 18,19, 64, 65

W tych pozycjach Wykonawca proponuje inwertery o nazwach np.: Sofar Solar 20000TL-G2, Sofar Solar 25000TL-G2, Sofar Solar 36000TL

Wszystkie powyższe inwertery mają moc większą niż 17,5kW, a zgodnie z zał. Nr 8A - dokumentacja techniczna - panele fotowoltaiczne, zastosować należy inwertery o mocy, jeden od 1,5kW do 17,5kW. Poniżej w tym dokumencie przedstawione zostały schematy elektryczne, które kończą się na 10kW mocy, a potem jeszcze pojawia się 39,2kW, gdzie zastosowane są 2x 17,5kW. Wykonawca Hymon w pozycjach z mocą 39,2kW zastosował inwerter o mocy 36 kW (lub też VA), a dokumentacja wyraźnie wskazywała że trzeba dobrać ich 2szt. Analogicznie należało zrozumieć we wszystkich pozostałych pozycjach - należało zaoferować po 2 szt. inwerterów o mocach nie przekraczających 17,5kW.

Jednostkowe dopuszczenie 2x20kW inwerterów dla instalacji 39,2kW zawarto w odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 07.10.2019r., co jednakowoż nie świadczy o dowolności doboru we wszystkich pozycjach wymaganych przez Zamawiającego.

4. Ograniczenie mocy dla inwertera Sofar 11KTL-X. Każdy model inwertera jest certyfikowany. Jeśli ogranicza się moc inwertera to automatycznie powinno się go „przecertyfikować” dla danego ograniczenia - przy ograniczeniu mocy automatycznie zmienia się sprawność Europejska oraz Maksymalna. W takim przypadku Wykonawca powinien wykazać przez jednostkę niezależną powyższe sprawności, inaczej nie wiadomo do których kart katalogowych należy się odnosić - sprawność Europejska mierzona jest w różnych punktach pracy inwertera, również przy 100% jego mocy to jeszcze raz potwierdza, że takie obniżenie wymaga potwierdzenia tych sprawności.

5. Panel który zaoferował Wykonawca o mocy 325W - aby fizycznie wyprodukować taki panel to należy użyć większych płytek, które są dostępne na rynku mniej więcej od lipca bieżącego roku - o rozmiarze 158.75mm gdzie standardowo np. dla modułu 315-320W używa się płytek 156.75mm. Powyższe wnioskowanie oznacza, że Wykonawca nie posiada certyfikatu na oferowany produkt potwierdzającego wielkość płytek w certyfikacie.

W zakresie dotyczącym oferty FlexiPower

1. FlexiPower nie złożyło formularza cenowego dla części A w Subregionie Miechowskim, co świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.
2. W formularzu ofertowym w pkt. 5 Wykonawca nie wypełnił wierszy gdzie należało podać producenta i model modułu fotowoltaicznego oraz inwertera, co powinno skłaniać Zamawiającego do konkluzji, że nie podano informacji mimo że były wymagane (niezgodność z treścią SIWZ). Z kolei w punkcie 6 nazwy te zostały bezzasadnie

utajnione. W formularzu cenowym z kolei w miejscach gdzie miały być podane ww. informacje, jest napisane że to tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił/nie odtajnił ww. informacji pomimo, że ww. informacje nie zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie dotyczącym oferty ML System

Inwertery mają moc większą niż 17,5kW, a zgodnie z zał. Nr 8A - dokumentacja techniczna - panele fotowoltaiczne, zastosować należy inwertery o mocy, jeden od 1,5kW do 17,5kW. Zarzut analogiczny do zarzutu opisanego dla Wykonawcy Hymon, z tym że przedmiotowym przypadku zaoferowano, w instalacjach powyżej 17,5kW, dwa różne inwertery (zaoferowane modele froniusa to SYMO 20.0-3-M), które mają moc 20kW, więc powyżej 17,5kW, a Zamawiający wymagał 17,5kW, co stanowi niezgodność z SIWZ.

Dodatkowo trzeba zwrócić uwagę na pozycje o mocy 39,2kW:

Subregion Tarnowski lp. 44,45

Subregion Wielicki lp. 27, 63, 64

Subregion Olkuski lp. 20

Subregion Miechowski lp. 19, 65

W tych pozycjach wykonawca określił TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 8.2-3-M, co oznacza to że zaoferował dwa modele. Łącznie moc wynosi 28kW, co stanowi niezgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ. Dodatkową okolicznością jest fakt, iż w Dokumentacji zał. 8A, na schemacie dla instalacji 39,2kW przewidziano 2 inwertery o mocy 17,5kW każdy, co wskazuje, że inwerter 8.2kW nie ma mocy 17,5kW (nawet 2x8,2kW to jest 16,4kW).

W zakresie dotyczącym oferty Neostar

1. Jednym z kryteriów punktacji było posiadanie przez moduły fotowoltaiczne odporności na amoniak i mgłą solną. W punkcie 8.4.1 SIWZ wskazano wymóg uzupełnienia dokumentów w tym punkt d) Certyfikaty potwierdzające odporność na amoniak oraz mgłą solną (jeżeli Wykonawca oferuje taki produkt).

Na uzupełnienie przesłano dokumenty "NCS-6BM315 amoniak EN" "NCS-6BM315 so-l" i tłumaczenia. Po pierwsze są to jedynie potwierdzenia od producenta, w wersji angielskiej nazwano dokument certyfikatem, a w polskiej deklaracją zgodności, więc jest tu błąd w tłumaczeniu, co podważa prawidłowość i wiarygodność całego tłumaczenia. Co jednakże istotniejsze to fakt, że producent nie jest upoważniony do wystawiania sobie certyfikatów (jedynie deklaracje). Certyfikat wystawiają jedynie jednostki badawcze (niezależne od producenta) które są laboratoriami akredytowanymi lub o wysokiej renomie. Zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami wydawanymi przez PKN (Polski Komitet Normalizacyjny) odpowiednimi normami potwierdzającymi odporność modułów na mgłą

solną jest IEC 61701, a dla amoniaku IEC 62716. Powyższe potwierdza, że w tym zakresie Wykonawca nie powinien być otrzymać punktacji za to kryterium (naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp), a także Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, albowiem w formularzu ofertowym zaznaczył że posiada tą odporność, nie przedstawiając wystarczającego dowodu na posiadanie takich odporności.

2. Ograniczenie mocy dla inwertera Sofar 11KTL-X. Każdy model inwertera jest certyfikowany. Jeśli ogranicza się moc inwertera to automatycznie powinno się go „przecertyfikować” dla danego ograniczenia - przy ograniczeniu mocy automatycznie zmienia się sprawność Europejska oraz Maksymalna. W takim przypadku Wykonawca powinien wykazać przez jednostkę niezależną powyższe sprawności, inaczej nie wiadomo do których kart katalogowych należy się odnosić - sprawność Europejska mierzona jest w różnych punktach pracy inwertera, również przy 100% jego mocy to jeszcze raz potwierdza, że takie obniżenie wymaga potwierdzenia tych sprawności.

3. Panel który zaoferował Wykonawca o mocy 325W - aby fizycznie wyprodukować taki panel to należy użyć większych płytek, które są dostępne na rynku mniej więcej od lipca bieżącego roku - o rozmiarze 158.75mm gdzie standardowo np. dla modułu 315-320W używa się płytek 156,75mm. Powyższe wnioskowanie oznacza, że Wykonawca nie posiada certyfikatu na oferowany produkt potwierdzającego wielkość płytek w certyfikacie.

4. Dodatkowo, oferowany przez Wykonawcę moduł zgodnie z certyfikatem jest panelem o wymiarach 1966x992x40 mm czyli nie mieści się w wymaganiach określonych w SIWZ. W konsekwencji treści oferty nie jest zgodna z SIWZ.

W zakresie dotyczącym oferty JSB

Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - termin związania z ofertą upłynął 13.12.2019r. co wskazuje, że na obecnym etapie oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp.

W zakresie dotyczącym oferty PRO-ECO

Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - termin związania z ofertą upłynął 13.12.2019r. co wskazuje, że na obecnym etapie oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp.

Analogicznie jak w przypadku oferty Hymon - w punkcie 3, dla Subregionu Tarnowski Ip. 42 Wykonawca zaproponował inwertery o mocy 20kW, a Zamawiający dopuścił max 17,5kW (wyjątek stanowi instalacja 39,2kW, gdzie można zastosować 2x20kW)

Na marginesie należy nadmienić, że panel który zaoferował Wykonawca o mocy 325W - aby fizycznie wyprodukować taki panel to należy użyć większych płytek, które są dostępne na rynku mniej więcej od lipca bieżącego roku - o rozmiarze 158,75mm gdzie standardowo np. dla modułu 315-320W używa się płytek 156.75mm. Powyższe wnioskowanie oznacza, że Wykonawca nie posiada certyfikatu na oferowany produkt potwierdzającego wielkość płytek w certyfikacie.

W zakresie dotyczącym oferty Skorut

Do oferty nie ma załączonego formularza cenowego (widać że został tylko załączony plik xades czyli podpis elektroniczny), więc oferta powinna być odrzucona na podstawie niezgodności z treścią SIWZ - formularz cenowy nie podlega bowiem jakimkolwiek uzupełnieniu. W formularzu cenowym należało podać np. oferowaną moc instalacji, ilość modułów fotowoltaicznych - czego na obecnym etapie, po otwarciu ofert uzupełnić i wyjaśnić nie można.

W formularzu ofertowym zaproponowano falownik PJ-25KTL-DT, który jest o mocy 25kW lub też 27,5kVA - jest on niezgodny z wymogiem, że inwertery mają mieć moc od 1,5kW do 17,5kW

Zgodnie z poglądami doktryny oraz orzecznictwem KIO, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty można mówić w m.in. w następujących przypadkach:

- 1) wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia, nieodpowiadający wymaganiom określonym w SIWZ;
- 2) zakres lub sposób świadczenia wykonawcy wynikający z treści złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom SIWZ;
- 3) wykonawca nie potwierdził spełniania tzw. warunków przedmiotowych, tj. spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (§ 13 Rodz. DokR w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl);
- 4) wykonawca nie zaoferował równoważnego przedmiotu zamówienia lub nie wykazał równoważności (art. 29 ust. 3 PrZamPubl);

Dla przykładu w uchwale z 18.9.2014 r. (KIO/KD 79/14, Legalis) KIO wskazała, że "niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PrZamPubl, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87



PrZamPubl. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego

Względnie należy mieć na uwadze, że przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Zamawiający zobowiązany jest - w przypadku powzięcia wątpliwości do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz - poza przypadkami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp - dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Należy zwrócić uwagę, że redakcja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może błędnie wskazywać na to, że zwrócenie się przez zamawiającego z żądaniem wyjaśnienia treści oferty stanowi jedynie uprawnienie zamawiającego, jednak w każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty, uprawnienie to staje się jego obowiązkiem.

Z kolei, jeśli chodzi o zasadę jawności postępowania, należy zauważyć, że Zamawiający zobligowany jest do zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może przy tym polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, co do spełnienia wymaganych przesłanek z art. 11 ust. 2 ZNKU, ale powinien samodzielnie dokonać oceny zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy podmiot zobowiązany do ujawnienia informacji (zamawiający), po przeprowadzeniu stosownego badania, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ZNKU. W przeciwnym razie - jak wskazał NSA (wyr. z 4.8.2015 r., IOSK1639/14, Legalis) - o dostępie do informacji publicznej, ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu, decydowałby sam wykonawca. Zamawiający, dokonując badania zasadności utajnienia części oferty, powinien rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje - mogące mieć charakter poufny - posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, ograniczając

tym samym innym wykonawcom zapewnienie ochrony prawnej (por. wyr. SN z 3.10.2000 r., I CKN 304/00, Legalis oraz wyr. SN z 5.9.2001 r., I CKN 1159/00, Legalis). Konieczne jest także zweryfikowanie, czy wykonawca wykazał występowanie wszystkich przesłanek pozwalających na objęcie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale także jego poszczególne, zawarte w nim informacje, zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo, mając na uwadze stan faktyczny opisany niniejszym odwołaniu, który zaistniał w toku prowadzenia przez Zamawiającego Postępowania, konieczne jest rozważenie możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wskazanych wykonawców na skutek podawanych informacji, niezależnie od pobudek, którymi kierował się taki Wykonawca. Jak stwierdził SO w Krakowie w wyr. z 8.3.2017 r. (II Ga 1019/16, niepubL): "Niedbalstwo łączy się ze stwierdzeniem niezachowania należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Oznaczony w ten sposób wzorzec ma charakter abstrakcyjny i odnosi się do każdego kto znalazł się w określonej sytuacji Co do zasady przy określaniu kształtu wzorca zachowań nie następuje odwołanie do cech osobistych podmiotu. Ocena działania i zaniechania podmiotu odpowiedzialnego wymaga odniesienia do modelu starannego działania, który kształtowany jest przez przepisy prawa, zasady współżycia społecznego, zwyczaje, zasady wykonywania zawodu. Niedbalstwem profesjonalisty będzie nie tylko niedołożenie należytej staranności ale także brak wiedzy, niezręczność, nieuwaga jeżeli nie powinny zaistnieć".

Jednocześnie należy zauważyć, iż skoro sposobem przyjętym przez Zamawiającego w zakresie udostępnienia ofert, korespondencji z wykonawcami, w tym pozostałej dokumentacji postępowania było umożliwienie „ściągnięcia” jej ze strony internetowej Zamawiającego, to tym samym brak publikacji całej dokumentacji tego Postępowania stanowi naruszenie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, albowiem uniemożliwia Odwołującemu zapoznanie się z kompletną dokumentacją mającą wpływ na skuteczne odniesienie się (postawienie zarzutów) do treści ofert oraz wszelkich czynności Zamawiającego podejmowanych w Postępowaniu.

W konsekwencji, w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Ustawy, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), kopia dowodu wniesienia wpisu, stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Odpowiedź zamawiającego

W dniu 09.01.2020r. na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) /Pzp/, a w odpowiedzi na odwołanie złożone przez SANITO Sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie,
- 3) orzeczenie na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego w kwocie 3.600,- zł.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

**Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.**

Część B we wszystkich czterech subregionach

Izba nie stwierdza interesu do wniesienia odwołania

Z pisma zamawiającego do wykonawców z dnia 12 grudnia 2019 r. wynika, że odwołujący Sanito w częściach B wszystkich czterech subregionach wygrał przetarg uzyskując 100 punktów w każdym z nich. Oferty pozostałych wykonawców uplasowały się poniżej oferty odwołującego Sanito, uzyskując mniej niż 100 punktów w ramach obowiązujących kryteriów oceny ofert. Z treści art.179 ust.1 ustawy Pzp wynika, że prawo do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który ma lub miał jest interes w uzyskaniu zamówienia. Aktualnie obowiązujący stan prawny w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazuje, że interes odwołującego Sanito w uzyskaniu zamówienia nie istnieje, ponieważ jest utrwalony przez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Skoro oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza to oznacza, że nie jest ten podmiot kwalifikowany do posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia zarówno odnosząc się do stanu z przeszłości jak i aktualnego stanu

postępowania o udzielenie zamówienia. Reasumując skoro oferta odwołującego według aktualnego stanu faktycznego i prawnego jest ofertą wybraną, to interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, konieczny do legitymacji prawa do wniesienia odwołania, jest bezprzedmiotowy. W związku z tym dopóki nie ulegnie zmianie lub uchyleniu czynność zamawiającego z dnia 12 grudnia 2019 roku, odnosząca się do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, to odpada prawo odwołującego do wniesienia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie. Ponieważ na dzień wniesienia odwołania to jest na dzień 23 grudnia 2019r. jego interes w uzyskaniu zamówienia jest bezprzedmiotowy skoro uzyskał zamówienie a oferty wykonawców, których pozycję zaskarża uplasowały się poniżej jego oferty. W tym stanie rzeczy zarzuty odwołania odnoszące się do części B subregionów, w których oferta odwołującego została wybrana w dniu 12.12.2019 r. jako najkorzystniejsza, nie podlegają rozpoznaniu z racji braku prawa odwołującego do wniesienia odwołania.

#### Część A w subregionach

#### Izba stwierdza interes do wniesienia odwołania

#### Co do zarzutów dotyczących oferty Hymon Energy Sp. z o.o. z/s ul. Dojazd 16a, 33-100 Tarnów dalej jako „Hymon”

1. Co do modułów fotowoltaicznych raport z testu datowany jest na dzień 24.10.2019r. badanie zostało zlecone dnia 15.10.2019r., po terminie składania ofert. Co za tym idzie, na dzień składania ofert Hymon nie posiadał modułu o wytrzymałości 8000Pa, więc nie powinien był otrzymać punktacji w tym kryterium, a dodatkowo wprowadził Zamawiającego w błąd, bo w formularzu ofertowym zaznaczył, że ma tę wytrzymałość, mimo że nie posiadał takiego dokumentu, który na dzień składania oferty taki parametr potwierdzałby. Samo oświadczenie od Ulica Solar wskazuje, że badanie zostało wykonane w dniu 24.10.2019r.

#### Izba ustaliła i zważyła

#### Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kwestionowany w odwołaniu raport został przedłożony zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z postanowieniem Rozdz. VI pkt 8 siwz (Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do

złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów 8.4.1.Instalacje fotowoltaiczne: c)certyfikaty potwierdzające zwiększoną odporność na obciążenie powyżej 7500 Pa, jeżeli Wykonawca oferuje taki produkt). W wezwaniu zamawiającego z dnia 12.11.2019r. wyznaczono Hymonowi termin złożenia dokumentów na 25.11.2019 r. Artykuł 26 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do dokumentów „aktualnych na dzień złożenia”. Oznacza to, że składane dokumenty miały być aktualne na dzień ich złożenia zamawiającemu, nie zaś na dzień składania oferty. Na dzień składania oferty wystarczającym było oświadczenie w formularzu ofertowym, w którym to Hymon oświadczył o podwyższonych parametrach w zakresie zastosowania paneli o większym obciążeniu. Tak więc Raport z testów nr 70.406.19.095.18-00 wydany w dniu 24.10.2019 r. jak i Certyfikat, na obciążenie na poziomie 8000 Pa były przedłożone na wezwanie zamawiającego w trybie art.26 ust.1 ustawy Pzp. Tym bardziej, że w Deklaracji producent Ulica Solar wskazał także, na poprzednie testy wykonywane np.: 14.10.2019r. gdzie potwierdzono podwyższone obciążenie (dokumenty załączone do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 09.01.2019r. jak i znajdujące się w dokumentacji postępowania w związku z wezwaniem zamawiającego w trybie art.26 ust.1 ustawy Pzp.) Tym samym zarzut odwołującego, że Hymon nie posiadał raportu jest niezasadny, skoro aktualność wymagana jest na dzień jego składania na wezwanie zamawiającego, a nie na dzień składania oferty. Należy także dodać, że odwołujący nie wykazał, że w dniu składania ofert moduł fotowoltaiczny nie posiadał wytrzymałości 8000 Pa. Tym bardziej, że z karty katalogowej producenta modułu Ulica Solar UL-325M-60 załączonej do pisma Hymon z dnia 22.11.2019r. do zamawiającego wynika również obciążenie śniegiem 8000Pa. Wykonawca Hymon załączył więc kartę katalogową, z której wynika prawidłowa wytrzymałość na obciążenie śniegiem (8000 Pa) i nie jest ona oznaczona żadną datą. Tym samym (abstrahując od niezasadności argumentacji odwołującego wskazującej na wymaganą aktualność dokumentów na dzień składania ofert) na podstawie złożonych przez Hymon dokumentów nie można stwierdzić, że w dniu składania ofert wykonawca ten nie posiadał dokumentu potwierdzającego wymagane obciążenie śniegiem, a co powinien udowodnić odwołujący nie ograniczając się tylko do twierdzenia o jego braku. Tym samym zarzut nie potwierdził się w tym również zarzut co do nieprawdziwych oświadczeń na dzień składania oferty.

2. W formularzach cenowych instalacji fotowoltaicznych Hymon podał model UL-325M-S, a w formularzu ofertowym UL-325-60. Kartę katalogową Wykonawca złożył na modelu UL-325M-60. Zamawiający w piśmie z dnia 28.11.2019r. poprawił im nazwę UL-325M-S na UL-325M-60, jako oczywistą omyłkę pisarską co prowadzi do naruszenia art. 87 ust. 2

pkt 1) ustawy Pzp. Wariantowość złożonej oferty, czego Zamawiający nie dopuścił, względnie świadczy o złożeniu dwóch ofert, co z kolei narusza art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, skoro Zamawiający wysłał pismo do Wykonawcy o wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, ale nie otrzymał żadnej odpowiedzi w tym przedmiocie, to należało uznać, że brak odpowiedzi, zgodnie z pismem, skutkuje odrzuceniem oferty.

#### Izba ustaliła i zważyła

#### Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Izba podtrzymuje argumentację formalną i prawną przedstawioną do analogicznego zarzutu zawartego w odwołaniu o Sygn. akt 2601/19. Dodatkowo należy zauważyć, że w tym przypadku miała miejsce omyłka pisarska, a zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 brak wyrażenia zgody na poprawienie omyłki skutkuje odrzuceniem oferty tylko w przypadku omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sankcja w postaci odrzucenia oferty nie dotyczy zatem omyłki pisarskiej. Pismem z dnia 28.11.2019 r. zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Hymon do wyrażenia zgody na poprawienie omyłki w zakresie oznaczenia modułu pod rygorem odrzucenia oferty. W sytuacji jednak, gdy mamy w tej sprawie do czynienia z omyłką pisarską, nie zaś z omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualny brak wyrażenia zgody przez wykonawcę, nie ma w tej sytuacji znaczenia. Na marginesie należy wskazać, że pismem z dnia 29.11.2019r. Hymon w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 28.11.2019r. wyraził zgodę na poprawę oczywistej omyłki pisarskiej (w piśmie do zamawiającego nazywając ją z kolei omyłką rachunkową). W ocenie Izby o skuteczności oświadczenia decyduje treść (zgoda Hymon na poprawienie oferty) a nie mylne nazwanie omyłki pisarskiej omyłką rachunkową, czy też nieprawidłowa kwalifikacja zamawiającego omyłki do art.87 ust.2 pkt 3 i art.89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. Reasumując zamawiający w piśmie z dnia 28.11.2019 r. zawiadomił Hymon o poprawieniu zaoferowanego w formularzu cenowym modułu fotowoltaicznego Ulica Solar: UL-325M-S na UL-325M-60 a Hymon zgodził się na poprawienie. Zarzut odwołania zatem nie potwierdził się.

3. Subregion Tarnowski lp. 42,43,44,45, Subregion Wielicki lp. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 60, 61,62, 63, 64, Subregion Olkuski lp. 19,20, 50 Subregion Miechowski lp. 18,19, 64, 65. W tych pozycjach Wykonawca proponuje inwertery o nazwach np.: Sofar Solar 20000TL-G2, Sofar Solar 25000TL-G2, Sofar Solar 36000TL. Wszystkie powyższe inwertery mają moc większą niż 17,5kW, a zgodnie z zał. Nr 8A - dokumentacja techniczna - panele fotowoltaiczne, zastosować należy inwertery o mocy, jeden od 1,5kW do 17,5kW. Poniżej w tym dokumencie przedstawione zostały schematy elektryczne,

które kończą się na 10kW mocy, a potem jeszcze pojawia się 39,2kW, gdzie zastosowane są 2x 17,5kW. Wykonawca Hymon w pozycjach z mocą 39,2kW zastosował inwerter o mocy 36 kW (lub też VA), a dokumentacja wyraźnie wskazywała że trzeba dobrać ich 2szt. Analogicznie należało zrozumieć we wszystkich pozostałych pozycjach - należało zaoferować po 2 szt. inwerterów o mocach nie przekraczających 17,5kW. Jednostkowe dopuszczenie 2x20kW inwerterów dla instalacji 39,2kW zawarto w odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 07.10.2019r., co jednakowoż nie świadczy o dowolności doboru we wszystkich pozycjach wymaganych przez Zamawiającego. Ograniczenie mocy dla inwertera Sofar 11KTL-X. Każdy model inwertera jest certyfikowany. Jeśli ogranicza się moc inwertera to automatycznie powinno się go „przecertyfikować” dla danego ograniczenia - przy ograniczeniu mocy automatycznie zmienia się sprawność Europejska oraz Maksymalna. W takim przypadku Wykonawca powinien wykazać przez jednostkę niezależną powyższe sprawności, inaczej nie wiadomo do których kart katalogowych należy się odnosić - sprawność Europejska mierzona jest w różnych punktach pracy inwertera, również przy 100% jego mocy to jeszcze raz potwierdza, że takie obniżenie wymaga potwierdzenia tych sprawności.

#### Izba ustaliła i zważyła

#### Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zgodnie z załącznikiem 8A, str. 6: „W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5kW”. Ww. wymóg jest jednoznaczny, nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców w drodze odwołania, ma zatem charakter wiążący dla wykonawców i na taki jego charakter nie ma wpływu to, na jakim etapie przygotowywania inwestycji został sporządzony. W części A we wskazanych w odwołaniu subregionach wykonawca Hymon wskazał m.in. falowniki (inwertery) Sofar Solar 20000TL-G2, Sofar Solar 25000TL-G2, Sofar Solar 36000TL. Odwołujący złożył na rozprawie m.in. kartę katalogową oferowanych przez Hymon falowników, z której wynika, że ich moc znamionowa wynosi odpowiednio: 20000W, 25000W i 36000W, a zatem jest większa niż dopuszczone 17,5 kW. Wobec niezgodności informacji pochodzących z przedłożonej przez odwołującego karty katalogowej z wymogiem siwz, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Hymon do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanej przez oferowane przez niego falowniki mocy znamionowej. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu zastosowanie w tym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut odwołania potwierdził się.

4. Panel który zaoferował Wykonawca o mocy 325W - aby fizycznie wyprodukować taki panel to należy użyć większych płytek, które są dostępne na rynku mniej więcej od lipca bieżącego roku - o rozmiarze 158.75mm gdzie standardowo np. dla modułu 315-320W używa się płytek 156.75mm. Powyższe wnioskowanie oznacza, że Wykonawca nie posiada certyfikatu na oferowany produkt potwierdzającego wielkość płytek w certyfikacie.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zarzut wycofany. Nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Co do zarzutów dotyczących oferty Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. z/s ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska dalej jako „FlexiPower”

1. FlexiPower nie złożyło formularza cenowego dla części A w Subregionie Miechowskim, co świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zarzut wycofany. Nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

2. W formularzu ofertowym w pkt. 5 Wykonawca nie wypełnił wierszy gdzie należało podać producenta i model modułu fotowoltaicznego oraz inwertera, co powinno skłaniać Zamawiającego do konkluzji, że nie podano informacji mimo że były wymagane (niezgodność z treścią SIWZ).

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Wykonawca Flexipower nie wypełnił punktu 5 formularza ofertowego, jednakże dane, które powinny znaleźć się w tym punkcie zostały przez niego podane w formularzu cenowym. Tym samym niewypełnienie punktu 5 w formularzu ofertowym stanowiło brak o charakterze jedynie formalnym, nie dającym podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzut odwołania nie potwierdził się.



3. W punkcie 6 formularza ofertowego nazwy zostały bezzasadnie utajnione. W formularzu cenowym z kolei w miejscach gdzie miały być podane ww. informacje, jest napisane że to tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił/nie odtajnił ww. informacji, pomimo, że ww. informacje nie zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że z wyjaśnień wykonawcy Flexipower wynika, że formularz ofertowy nie został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zastrzeżony został m.in. formularz cenowy. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do nieudostępnienia wskazanego w odwołaniu pkt 6 formularza ofertowego.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca Flexipower powołał się w sposób ogólnikowy na „przygotowanie produktu technologicznego”, na wieloletnie doświadczenie i znajomość rynku, co stanowić ma jego know-how. Wykonawca nie wykazał jednak:

- co takiego z technologicznego punktu widzenia jest w oferowanym produkcie, co nie jest znane innym wykonawcom na rynku, na czym polega ta technologiczna innowacja / rozwiązanie, które nie jest dostępne i znane innym wykonawcom na rynku,
- że doświadczenie Flexipower i znajomość rynku są właściwe tylko jemu, tj. że inni wykonawcy nie posiadają doświadczenia i znajomości rynku,
- co ma wspólnego doświadczenie i znajomość rynku z zastrzeżeniem nazw oferowanych produktów jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- że została zachowana poufność w wymaganym zakresie - dołączony do wyjaśnień wzór oświadczenia o zachowaniu poufności jest tylko wzorem, nie ma dowodu, że jakkolwiek pracownik Flexipower go faktycznie podpisał, ponadto treść tego wzoru jest bardzo ogólna i nie można stwierdzić, czy dotyczy także produktów oferowanych w tym postępowaniu,
- że zastrzeżona informacja ma jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Art. 8 ust. 3 przewiduje obowiązek wykazania, czyli udowodnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Flexipower nie wykazał tej zasadności. Zgodzić należało się z Odwołującym, że do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania

przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego. Niewątpliwie – w świetle brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp -to wykonawca składający ofertę musi wykazać Zamawiającemu – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie. W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy Flexipower dotyczące zastrzeżenia uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie są w ocenie Izby wystarczające. Wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, nie wskazują na okoliczności szczególne, które miałyby decydować o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważenia wymaga, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zatem jak wynika z niniejszego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” – co niejednokrotnie wskazywano w orzecznictwie KIO - oznacza obowiązek dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia zastrzeżenia. Niewątpliwie również za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa - czy też orzecznictwa sądów

bądź KIO - wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i głośłownej deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. I tak nowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, wprowadzona w życie w drodze nowelizacji z 4 września 2018 r, została zamieszczona w art. 11 ust. 2 znowelizowanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem znowelizowanej ustawy, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się obecnie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zatem – w ocenie Izby - według przytoczonych przepisów, tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. Informacja, która nie jest powszechnie znana lub łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji - która jednak nie posiada wartości gospodarczej - nie będzie mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższe przepisy zostały znowelizowane wobec brzmienia dyrektywy 2016/943 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2016 r. – art. 2 pkt 1 – wedle której, aby zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać następujące przesłanki: zastrzeżone informacje •muszą być poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; •mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; •poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy. Nie ulega wątpliwości, że wobec wprowadzonych zmian tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić tylko takie informacje, które posiadają wartość gospodarczą. I tak w motywach niniejszej dyrektywy wskazano, że jednolita definicja tajemnicy przedsiębiorstwa – przyjęta w unijnych porządkach prawnych – powinna uwzględniać know-how, informacje handlowe i informacje techniczne – a niniejsze informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową, powinny to być informacje o wartości handlowej a ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania. W ocenie Izby ustawodawca w art. 11 ust. 2

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inną posiadającą wartość gospodarczą. Zatem – wobec brzmienia przytoczonej dyrektywy - przesłanka „lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innych”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem w ocenie Izby wobec brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegający pewne informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania w uzasadnieniu zastrzeżenia również przesłanki „posiadania wartości gospodarczej”, czego w tym stanie faktycznym Przystępujący w żaden sposób nie uczynił. Niewystarczające w ocenie Izby jest również powoływanie się jedynie na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca w żaden sposób w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał w czym upatruje wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Zarzut jest więc zasadny i Izba nakazała odtajnienie wskazanego w treści odwołania pkt 6 formularza ofertowego.

Co do zarzutów dotyczących oferty ML System S.A. z/s 36- 062 Zaczernie 190G dalej jako „ML System”

Inwertery mają moc większą niż 17,5kW, a zgodnie z zał. Nr 8A - dokumentacja techniczna - panele fotowoltaiczne, zastosować należy inwertery o mocy, jeden od 1,5kW do 17,5kW. Zarzut analogiczny do zarzutu opisanego dla Wykonawcy Hymon, z tym że przedmiotowym przypadku zaoferowano, w instalacjach powyżej 17,5kW, dwa różne inwertery (zaoferowane modele froniusa to SYMO 20.0-3-M), które mają moc 20kW, więc powyżej 17,5kW, a Zamawiający wymagał 17,5kW, co stanowi niezgodność z SIWZ.

Dodatkowo trzeba zwrócić uwagę na pozycje o mocy 39,2kW: Subregion Tarnowski Ip. 44,45 Subregion Wielicki Ip. 27, 63, 64 Subregion Olkuski Ip. 20 Subregion Miechowski Ip. 19, 65.

W tych pozycjach wykonawca określił TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 8.2-3-M, co oznacza, że zaoferował dwa modele. Łącznie moc wynosi 28kW, co stanowi niezgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ. Dodatkową okolicznością jest fakt, iż w Dokumentacji zał. 8A, na schemacie dla instalacji 39,2kW przewidziano 2 inwertery o mocy 17,5kW każdy, co wskazuje, że inwerter 8.2kW nie ma mocy 17,5kW (nawet 2x8,2kW to jest 16,4kW).

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zgodnie z załącznikiem 8A, str. 6: „W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5kW”. Ww. wymóg jest jednoznaczny, nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców w drodze odwołania, ma zatem charakter wiążący dla wykonawców i na taki jego charakter nie ma wpływu to, na jakim etapie przygotowywania inwestycji został sporządzony. W części A we wskazanych w odwołaniu subregionach wykonawca ML System wskazał m.in. falowniki (inwertery) SYMO 20.0-3-M. Odwołujący złożył na rozprawie m.in. kartę katalogową oferowanych przez ML System falowników, z której wynika, że ich moc znamionowa wynosi 20000W, a zatem jest większa niż dopuszczone 17,5 kW. Wobec niezgodności informacji pochodzących z przedłożonej przez odwołującego karty katalogowej z wymogiem siwz, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę ML System do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanej przez oferowane przez niego falowniki mocy znamionowej. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu zastosowanie w tym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut odwołania zasadny.

Co do zarzutów dotyczących oferty Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp. k. z/s Gościeńiec 176, 93-646 Łódź dalej jako „Neostar”

1. Jednym z kryteriów punktacji było posiadanie przez moduły fotowoltaiczne odporności na amoniak i mgłę solną. Na uzupełnienie przesłano dokumenty "NCS-6BM315 amoniak EN" "NCS-6BM315 soj" i tłumaczenia. Po pierwsze są to jedynie potwierdzenia od producenta, w wersji angielskiej nazwano dokument certyfikatem, a w polskiej deklaracją zgodności, więc jest tu błąd w tłumaczeniu, co podważa prawidłowość i wiarygodność całego tłumaczenia. Ponadto, producent nie jest upoważniony do wystawiania sobie certyfikatów (jedynie deklaracje). Certyfikat wystawiają jedynie jednostki badawcze (niezależne od producenta) które są laboratoriami akredytowanymi lub o wysokiej renomie.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

W końcowej treści pkt 8.4. siwz zamawiający wskazał, że certyfikaty mogą być zastąpione innymi dokumentami, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do certyfikatów. Bez względu zatem na nazwę oświadczenia producenta, oświadczenie takie mogło zostać złożone zamiast certyfikatu. W siwz brak wymogów co do stopnia szczegółowości treści certyfikatu, czy innego dokumentu. Przykładowo w 8.4. (dokumenty na wykazanie warunków dodatkowych)

jest mowa zarówno o certyfikatach potwierdzających zgodność z normą, kartach technicznych, certyfikatach wydanych przez właściwą jednostkę certyfikującą. W przypadku odporności na amoniak oraz mgłę solną mowa jest o certyfikatach tylko. Zarzut zatem nie potwierdził się.

2. Ograniczenie mocy dla inwertera Sofar 11KTL-X. Każdy model inwertera jest certyfikowany. Jeśli ogranicza się moc inwertera to automatycznie powinno się go „przecertyfikować” dla danego ograniczenia - przy ograniczeniu mocy automatycznie zmienia się sprawność Europejska oraz Maksymalna. W takim przypadku Wykonawca powinien wykazać przez jednostkę niezależną powyższe sprawności, inaczej nie wiadomo do których kart katalogowych należy się odnosić - sprawność Europejska mierzona jest w różnych punktach pracy inwertera, również przy 100% jego mocy to jeszcze raz potwierdza, że takie obniżenie wymaga potwierdzenia tych sprawności.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Odwołujący nie podniósł (w przeciwieństwie do zarzutów dotyczących innych wykonawców), że w ogóle zachodzi problem z mocą inwertera, z którego z kolei wynikałby problem z obniżeniem tej mocy i ewentualna konieczność certyfikacji podnoszona przez odwołującego. Zarzut zatem nie potwierdził się.

3. Panel który zaoferował Wykonawca o mocy 325W - aby fizycznie wyprodukować taki panel to należy użyć większych płytek, które są dostępne na rynku mniej więcej od lipca bieżącego roku - o rozmiarze 158.75mm gdzie standardowo np. dla modułu 315-320W używa się płytek 156,75mm. Powyższe wnioskowanie oznacza, że Wykonawca nie posiada certyfikatu na oferowany produkt potwierdzającego wielkość płytek w certyfikacie.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zarzut wycofany. Nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

4. Oferowany przez NEOSTAR moduł zgodnie z certyfikatem jest panelem o wymiarach 1966x992x40 mm czyli nie mieści się w wymaganiach określonych w SIWZ. W konsekwencji treści oferty nie jest zgodna z SIWZ

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zarzut wycofany. Nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Co do zarzutów dotyczących oferty JSB Construction PPHU J. S. z/s ul. Potokowa 12a/1, 80-297 Banino dalej jako „JSB”

Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - termin związania z ofertą upłynął 13.12.2019r. co wskazuje, że na obecnym etapie oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Pismem z dnia 02.12.2019 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca pismem z dnia 04.12.2019 r. wyraźnie napisał, że odmawia wyrażenia takiej zgody. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie 89.1.7a ustawy Pzp.

Co do zarzutów dotyczących oferty Pro-Eco Sp. z o.o. z/s al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia dalej jako „Pro-Eco”

1. Wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - termin związania z ofertą upłynął 13.12.2019r. co wskazuje, że na obecnym etapie oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Pismem z dnia 02.12.2019 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (pod rygorem odrzucenia oferty). Wykonawca nie odpowiedział na pismo. Wybór ofert nastąpił w dniu 12.12.2019 r. Termin związania ofertą upływał w dniu 13.12.2019 r. W dniu wyboru oferty wykonawca był zatem związany ofertą. Wobec powyższego zarzut nie potwierdził się.

2. Dla Subregionu Tarnowskiego I p. 42 Wykonawca zaproponował inwertery o mocy 20kW, a Zamawiający dopuścił max 17,5kW (wyjątek stanowi instalacja 39,2kW, gdzie można zastosować 2x20kW)

### Izba ustaliła i zważyła

#### Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zgodnie z załącznikiem 8A, str. 6: „W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5kW”. Ww. wymóg jest jednoznaczny, nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców w drodze odwołania, ma zatem charakter wiążący dla wykonawców i na taki jego charakter nie ma wpływu to, na jakim etapie przygotowywania inwestycji został sporządzony. W części A we wskazanym w odwołaniu subregionie wykonawca Pro-Eco wskazał m.in. falowniki (inwertery) SofarSolar 20000TL. Odwołujący złożył na rozprawie m.in. kartę katalogową oferowanych przez Pro-Eco falowników, z której wynika, że ich moc znamionowa wynosi 20000W, a zatem jest większa niż dopuszczone 17,5 kW. Wobec niezgodności informacji pochodzących z przedłożonej przez odwołującego karty katalogowej z wymogiem siwz, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Pro-Eco do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanej przez oferowane przez niego falowniki mocy znamionowej. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu zastosowanie w tym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Panel, który zaoferował Pro-Eco o mocy 325W - aby fizycznie wyprodukować taki panel to należy użyć większych płytek, które są dostępne na rynku mniej więcej od lipca bieżącego roku - o rozmiarze 158,75mm gdzie standardowo np. dla modułu 315-320W używa się płytek 156.75mm. Powyższe wnioskowanie oznacza, że Wykonawca nie posiada certyfikatu na oferowany produkt potwierdzającego wielkość płytek w certyfikacie.

### Izba ustaliła i zważyła

#### Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zarzut wycofany. Nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

#### Co do zarzutów dotyczących oferty Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. z/s ul. Wybickiego 71, 32-400 Myślenice dalej jako „Skorut”

1. Do oferty nie ma załączonego formularza cenowego (widać że został tylko załączony plik xades czyli podpis elektroniczny), więc oferta powinna być odrzucona na podstawie niezgodności z treścią SIWZ - formularz cenowy nie podlega bowiem jakimkolwiek uzupełnieniu. W formularzu cenowym należało podać np. oferowaną moc instalacji, ilość modułów fotowoltaicznych - czego na obecnym etapie, po otwarciu ofert uzupełnić i wyjaśnić nie można.

### Izba ustaliła i zważyła



Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zarzut wycofany. Nie podlega rozpoznaniu przez Izbę.

2. W formularzu ofertowym zaproponowano falownik PJ-25KTL-DT, który jest o mocy 25kW lub też 27,5kVA - jest on niezgodny z wymogiem, że inwertery mają mieć moc od 1,5kW do 17,5kW.

Izba ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 2631/19 SANITO Sp. z o.o.

Zgodnie z załącznikiem 8A, str. 6: „W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5kW”. Ww. wymóg jest jednoznaczny, nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców w drodze odwołania, ma zatem charakter wiążący dla wykonawców i na taki jego charakter nie ma wpływu to, na jakim etapie przygotowywania inwestycji został sporządzony. W części A we wskazanych w odwołaniu subregionach wykonawca Skorut wskazał m.in. falowniki (inwertery) PJ-25KTL-DT. Odwołujący złożył na rozprawie m.in. kartę katalogową oferowanych przez Skorut falowników, z której wynika, że ich moc znamionowa wynosi 25000W, a zatem jest większa niż dopuszczone 17,5 kW. Wobec niezgodności informacji pochodzących z przedłożonej przez odwołującego karty katalogowej z wymogiem siwz, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Skorut do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanej przez oferowane przez niego falowniki mocy znamionowej. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu zastosowanie w tym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający swym zaniechaniem naruszył art. 8 ust. 3; art. 87 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp., co może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego (Sygn. akt KIO 2631/19) orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego Sanito Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczonego

wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonej faktury vat.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....