

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **2 sierpnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **22 lipca 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **FLEXIPOWER Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Woli Żaradzyńskiej** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Masłowice w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Masłowice”* (nr postępowania UG.271.5.2019)

prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Masłowice**

przy udziale wykonawcy: **Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie żądania wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych z błędami lub niezłożonych przez Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokumentów na potwierdzenie, że zaoferowany moduł fotowoltaiczny spełnia określone w ramach opisu przedmiotu zamówienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania co do: 1) gwarantowanej liniowej wydajności energetycznej na poziomie 83% mocy początkowej w 25. roku użytkowania, 2) wytrzymałości modułów na obciążenie 8000 Pa, 3) pokrycia szyby samoczyszczącą nanopowłoką nanoszoną na etapie produkcji, 4) pokrycia szkła solarnego warstwą antyrefleksyjną o przepuszczalności światła min. 94,5%, które to zarzuty zostały uwzględnione przez Zamawiającego, a Przystępujący nie zgłosił co do tego sprzeciwu.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Masłowice prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Masłowice w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Masłowice”* (nr postępowania UG.271.5.2019)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 kwietnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_074 pod poz. 174683.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 lipca 2019 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze w części 3. zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Sanito”}.

22 lipca 2019 r. Odwołujący FLEXIPOWER Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Woli Żaradzyńskiej {dalej również: „Flexipower”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Sanito.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez wybór oferty Sanito, która podlegała odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 – przez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 30b ust. 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Sanito w sytuacji, gdy zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenia są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, tj. z pkt 4.3. SIWZ i załącznikami nr 1c

do SIWZ – *Projektami dla instalacji fotowoltaicznych o mocy 2,12 kWp, 3,18 kWp, 5,035 kWp na potrzeby osób fizycznych będących mieszkańcami Gminy Masłowice oraz będącymi beneficjentami projektu pt. „Odnawialne źródła energii w Gminie Masłowice” z uwagi na to, że: a) zaoferowane urządzenie posiada parametr 80% liniowej gwarancji mocy po upływie 25 lat, podczas gdy wymogiem Zamawiającego z pkt 1.4.1. tiret dziewiąte Projektu instalacji fotowoltaicznej o mocy 2,12 kWp, 3,18 kWp, 5,035 kWp jest gwarantowana liniowa wydajność energetyczna modułu 83% mocy początkowej w 25. roku użytkowania, b) Sanito nie przedstawiło certyfikatu stwierdzającego pozytywny wynik testów wytrzymałości modułów na obciążenie 8000 Pa wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp, który był wymagany w pkt 1.4.1. tiret osiemnaste Projektu instalacji fotowoltaicznej o mocy 2,12 kWp, 3,18 kWp, 5,035 kWp c) Sanito nie przedstawiło potwierdzenia okoliczności, że: po pierwsze – szyba modułu pokryta jest warstwą samoczyszczącą typu nanopowłoką nanoszoną na etapie produkcji, po drugie – szkło solarne pokryte warstwą anty-refleksyjną z przepuszczalnością światła min. 94,5%, potwierdzone oświadczeniem producenta szkła, które to wymogi zostały sformułowane w pkt 1.4.1. tiret ósmym i jedenastym Projektu instalacji fotowoltaicznej o mocy 2,12 kWp, 3,18 kWp, 5,035 kWp.*

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Sanito, pomimo że dokumenty złożone przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ (karta techniczna inwertera obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez inwerter parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia) odnoszą się do innego, nieprodukowanego już przez producenta urządzenia – falowników Solaredge.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w odniesieniu do części I zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania oferty Sanito i w jej wyniku odrzucenia tej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności faktyczne:

W ramach części trzeciej zamówienia Sanito zaoferowało:

- a) dla instalacji fotowoltaicznej 2,12 kWp instalowanych na dachach lub elewacjach

- budynków mieszkalnych osób fizycznych – moduł Ulica Solar UL-280P-60 oraz inwerter Solaredge SE2200H,
- b) dla instalacji fotowoltaicznej 3,18 kWp instalowanych na dachach lub elewacjach budynków mieszkalnych osób fizycznych – moduł Ulica Solar UL-280P-60 oraz inwerter Solaredge SE3000H,
- c) dla instalacji fotowoltaicznej 2,12 kWp instalowanych na dachach lub elewacjach budynków mieszkalnych osób fizycznych – moduł Ulica Solar UL-280P-60 oraz inwerter Solaredge SE5K,
- d) dla instalacji fotowoltaicznej 2,12 kWp instalowanych na dachach budynków gospodarczych osób fizycznych – moduł Ulica Solar UL-280P-60 oraz inwerter Solaredge SE2200H,
- e) dla instalacji fotowoltaicznej 3,18 kWp instalowanych na dachach budynków gospodarczych osób fizycznych – moduł Ulica Solar UL-280P-60 oraz inwerter Solaredge SE3000H,
- f) dla instalacji fotowoltaicznej 5,035 kWp instalowanych na dachach budynków gospodarczych osób fizycznych – moduł Ulica Solar UL-280P-60 oraz inwerter Solaredge SE5K,
- g) dla instalacji fotowoltaicznej 3,18 kWp instalowanych na gruncie u osób fizycznych – moduł Ulica Solar UL-280P-60 oraz inwerter Solaredge SE3000H.

{dowód –oferta Sanito }

Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia dla części 3. zamówienia w pkt 4.2.3. SIWZ oraz załączniku nr 1 c do SIWZ (część 3 zamówienia – instalacje fotowoltaiczne). Zgodnie zaś z pkt 8.7.3. SIWZ w zakresie części 3 zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, żądał on:

- certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów zgodności modułów z normami IEC 61215, EN-61730-1 lub z normami równoważnymi oraz EN-61730-2 lub równoważną wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp,
- certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów odporności modułów na amoniak zgodnie z normą IEC 62716 lub równoważną wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp,
- certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów odporności modułów na mgłę solną zgodnie z normą IEC 61701 lub równoważną wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp,
- certyfikatu stwierdzającego pozytywny wynik testów odporności modułów na degradację

indukowaną potencjałem PID lub równoważnym wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp,

- certyfikatu stwierdzającego pozytywny wynik testów wytrzymałości modułów na obciążeniem 8000 Pa wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp,
- karty technicznej modułu fotowoltaicznego obejmującej informacje potwierdzające spełnianie przez moduł parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1c do SIWZ, zgodnie z pkt. 1.4.1. projektu,
- karty technicznej inwertera obejmującej informacje potwierdzające spełnianie przez inwerter parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1c do SIWZ, zgodnie z pkt. 1.4.2. projektu.

W załączniku 1c do SIWZ Zamawiający wymagał m.in. następujących parametrów dla oferowanych instalacji fotowoltaicznych:

- maksymalne obciążenie statyczne/mechaniczne min. 8000 Pa,
- szyba pokryta warstwą samoczyszczącą typu nanopowłoka nanoszoną na etapie produkcji,
- gwarantowana liniowa wydajność energetyczna modułu 83% mocy początkowej w 25 roku użytkowania,
- szkło solarne pokryte warstwą antyrefleksyjną z przepuszczalnością światła min. 94,5% potwierdzone oświadczeniem producenta szkła.

{1.}

Odwołujący zarzucił, że moduł fotowoltaiczny Ulica Solar UL-280P-60 nie spełnia wymagania gwarantowanej liniowej wydajności energetycznej modułu na poziomie 83% mocy początkowej w 25 roku użytkowania, gdyż posiada gwarancję jedynie na poziomie 80 % mocy początkowej, o czym świadczy karta gwarancyjna wydawana dla tego samego modelu panelu fotowoltaicznego przez producenta.

Karta techniczna załączona przez Sanito nie koreluje w tym zakresie z oświadczeniem producenta oraz z samym wykresem wydajności liniowej (który jako punkt graniczny posiada wartość 80 %). Wykres odzwierciedla treść karty gwarancyjnej [97% sprawności po roku, spadek roczny 0,7% oraz wartość końcowa 80% (łącznie spadek o 19,8%)], jednocześnie wartość 97% nie jest zaokrąglona do pełnych dziesiątek, co wskazuje, że wartość 83 %, gdyby była prawidłowa, winna zostać również wskazana na wykresie]

{Dowód: karta gwarancyjna Ulica Solar UL - 280 P - 60 wraz z tłumaczeniem}

{2.}

Odwołujący zarzucił, że zaoferowany przez Sanito moduł fotowoltaiczny Ulica Solar

UL-280P-60 nie spełnia również wymagania maksymalnego obciążenia statycznego/mechanicznego min. 8000 Pa. Zamawiający wymagał na potwierdzenie tej okoliczności certyfikatu stwierdzającego pozytywny wynik testów wytrzymałości modułów na obciążeniem 8000 Pa wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp, a nie certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów zgodności modułów z normami IEC 61215, wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie z normą IEC 61215 wymagana minimalna wytrzymałość mierzona jest za pomocą testu obciążenia mechanicznego (ML), niejednorodnego obciążenia mechanicznego (IML) i dynamicznego obciążenia mechanicznego. Zgodnie z normą IEC 61215 badany na zgodność z normą panel musi wytrzymać obciążenie min. 5400 Pa. W wymaganiach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał na wartość min. 8000Pa. Panel, aby otrzymać certyfikat lub potwierdzenie wartości 8000 Pa, powinien być poddany badaniom w niezależnej jednostce certyfikującej. Opinia producenta ma charakter subiektywny, niepotwierdzony wynikiem badań (do certyfikatu zgodności z normą IEC 61215 - do których nota bene winien mieć dostęp producent) ani certyfikatem odrębnym. W przypadku braku certyfikatu z niezależnej jednostki wskazującej na wartość 8000 Pa nie można uznać opinii producenta za opinię wiążącą. Sama treść opinii jest lakoniczna i wymijająca, nie stanowi wprost, że urządzenie Ulica Solar UL-280P-60 posiada dany parametr, a jedynie stanowi o tym, czego dotyczą testy przeprowadzone na podstawie badań zgodności z daną normą.

Nadto Zamawiający nie mógł uznać oświadczenia UlicaSolar za spełniający wymóg art. 30b ust. 4 pzp, ponieważ Wykonawca nie wykazał, że nie ma dostępu do certyfikatów ani sprawozdań z badań, ani że ten brak dostępu nie może być przypisany jedynie Sanito. Nadto oświadczenie producenta nie stanowi dokumentacji technicznej producenta stanowiącej wymóg zamawiającego wynikający z punktu 8.7.3. SIWZ. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że kwestionuje nie tylko fakt niewykazania przez Sanito zgodności oferowanych dostaw z SIWZ, ale także samą okoliczność, że oferowane urządzenie posiada wymagany parametr.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający powinien był dostrzec wskazane wyżej niezgodności z SIWZ i na tej podstawie odrzucić ofertę, czego nie zrobił. Naruszenie rygorów dowodowych określonych w art. 30b ust. 4 pzp. oraz sprzeczność informacji zawartych w karcie katalogowej (graficznej i słownej) jest na tyle istotne, że Zamawiający powinien zauważyć opisane powyżej niezgodności z SIWZ.

{3. i 4.}

Odwołujący zarzucił, że Sanito na wezwanie z art. 26 ust. 1 pzp nie przedstawiło

zgodnego z SIWZ potwierdzenia, że szyba modułu pokryta jest warstwą samoczyszczącą typu nanopowłoka nanoszoną na etapie produkcji oraz że szkło solarne pokryte warstwą antyrefleksyjną z przepuszczalnością światła min. 94,5%, potwierdzone oświadczeniem producenta szkła, które to wymogi zostały sformułowane w punkcie 1.4.1. tiret ósmym i jedenastym projektu instalacji fotowoltaicznej o mocy 2,12 kWp, 3,18 kWp, 5,035 kWp. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została zatem dokonana przez Zamawiającego bez kontroli tychże parametrów, co sprawia, że oferta nie może zostać uznana za zgodną z SIWZ.

{5.}

Zaoferowany przez Wykonawcę falownik Solaredge został zaoferowany w niewystępującej już na rynku wersji. Należy zatem uznać, że oferowany falownik nie stanowi urządzenia, które zostało przedstawione w ramach wyjaśnień. Terminem składania ofert był 23 maja 2019 r. Tymczasem od 8 kwietnia 2019 r. wszystkie falowniki producenta falowników Solaredge nie posiadają wyświetlacza oraz posiadają nowe karty katalogowe. Zakres obsługi urządzeń falowników serii SE oraz SE3K-SE10K został całkowicie zmieniony. Tym samym zaoferowane urządzenie jest innym urządzeniem niż falowniki, których karty katalogowe zostały złożone na wezwanie z art. 26 ust. 1 pzp. Tym samym karty techniczne nie stanowią potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają warunki opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający samodzielnie w SIWZ wskazując dopuszczalność rygoru dowodowego z art. 30b ust. 4 pzp, winien był skrupulatnie ocenić wartość dowodową załączonych dokumentów. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Stąd Odwołujący wywiódł, że samo oświadczenie złożone przez producenta, niewskazujące wprost na potwierdzenie danego parametru, a jedynie określające powiązanie badania przeprowadzonego w ramach uzyskania certyfikatu z tym parametrem, nie może zostać ocenione jako dokumentacja techniczna. Nadto Wykonawca nie wykazał okoliczności,

które uzasadniałyby szczególny przypadek rygoru dowodowego, jaki przewiduje przywołany artykuł. Zamawiający w takiej sytuacji, powinien był ofertę odrzucić, ponieważ okoliczności stanowiące przedmiot badania oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 pzp nie zostały wykazane w sposób przewidziany przepisami pzp.

Odwołujący podsumował, że oferta złożona przez Sanito. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż nie zostało wykazane przez Wykonawcę, że zaoferowana instalacja fotowoltaiczna spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia SIWZ – dokumenty złożone na potwierdzenie okoliczności, że dostawy są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia nie potwierdzają tych okoliczności lub nie są złożone.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Izby, w wyroku z 28 października 2016 r. sygn. akt 1946/16: *Kontynuując wywód poczyniony przy poprzednim zarzucie, zauważyć należy, że w ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. (...) Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia) (...). W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją niezpełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.*

Jednocześnie Odwołujący stwierdził w ostatnim akapicie uzasadnienia odwołania, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Sanito na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp lub co najmniej zbadania jej w procedurze określonej w art. 26 ust. 3 pzp., których to obowiązków nie dochował.

Zamawiający poinformował Izbę, że 23 lipca 2019 r. przekazał kopię odwołania drogą

elektroniczną pozostałym wykonawcom.

25 lipca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia. Jednocześnie Izba uznała za oczywiście bezzasadną opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, który domagał się uznania, że Sanikom, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie ma interesu w oddaleniu odwołania (co zostało w wystarczający sposób opisane w zgłoszeniu przystąpienia).

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Zamawiający na posiedzeniu przed Izbą oświadczył, że uważa odwołanie za zasadne w zakresie, w jakim wskazuje ono, że niedostatecznie zbadał ofertę złożoną przez Przystępującego, tj. że w zakresie opisanym w pkt III i IV zarzutów odwołania konieczne jest wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Ponieważ zdaniem Zamawiającego może on tylko uznać część zarzutów (a nie częściowo zarzut), a odwołanie zmierza do definitywnego odrzucenia oferty Przystępującego, nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania, które uwzględnią w części, w jakiej według odwołania należałoby zastosować procedurę z art. 26 ust. 3 pzp.

Izba uznała, że Zamawiający w powyższym zakresie uznał zarzuty odwołania, a Przystępujący na posiedzeniu oświadczył do protokołu, że nie zgłasza sprzeciwu co do tej czynności procesowej Zamawiającego, stąd postępowanie w tym zakresie umorzono, jak w pkt 1. sentencji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości sprawa, w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, ze zmianami, o których mowa poniżej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie przywołano mające znaczenie dla sprawy postanowienia s.i.w.z., a także dokumenty, które Sanikom złożył na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp, więc nie ma potrzeby powtarzania tych okoliczności, skoro zostały już przytoczone powyżej przy okazji relacjonowania treści odwołania.

Wszyscy uczestnicy sporu zgodnie na rozprawie potwierdzili, że w zakresie dokumentów objętych zarzutami odwołania Zamawiający nie wzywał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do ich wyjaśnienia, poprawienia, uzupełnienia lub złożenia.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty odwołania są niezasadne z następujących powodów.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia

precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanych urządzeń, jak w tym postępowaniu).

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również jednoznaczne uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją (zwykle opisem przedmiotu zamówienia) zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty

dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Wreszcie z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub są one 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.

Zdaniem Izby wskazana w końcowej części przepisu przesłanka odstąpienia od obligatoryjnego co do zasady wezwania nie może być interpretowana rozszerzająco. Oznacza to, że zamawiający może odstąpić od wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp wyłącznie w przypadku, gdy pomimo złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia dokumentów oferta wykonawcy z innych powodów podlega odrzuceniu (albo i tak postępowanie podlega unieważnieniu). Innymi słowy zakres zastosowania tego wyjątku ogranicza się do takich sytuacji, gdy na moment wezwania istnieją inne podstawy faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty albo postępowanie podlega unieważnieniu. Ustawodawca uznał, że ekonomika prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia czyni zbędnym składanie, uzupełnianie, poprawianie lub wyjaśnianie dokumentów, skoro oferta wykonawcy i tak podlega odrzuceniu z powodu innych okoliczności albo całe postępowanie podlega unieważnieniu.

Natomiast, wbrew odmiennemu stanowisku procesowemu Przystępującego, z treści art. 26 ust. 3 pzp nie wynika, aby podstawą odstąpienia od obligatoryjnego wezwania mogło być antycypowanie negatywnego rezultatu tej czynności tj., że brakujące dokumenty nie zostaną złożone, braki lub wady złożonych dokumentów nie zostaną uzupełnione czy poprawione, ewentualnie wątpliwości zamawiającego co do złożonych dokumentów nie zostaną rozwiązane.

Już zatem z tego powodu odwołanie podtrzymane w zakresie zarzutów zmierzających do definitywnego odrzucenia oferty Sanito, pomimo uznania przez Zamawiającego odwołania w zakresie, w jakim Odwołujący zarzucał, że konieczne jest co najmniej przeprowadzenie względem tej oferty procedury z art. 26 ust. 3 pzp, podlega oddaleniu jako bezzasadne. Odwołujący nie mógł już wycofać zarzutów uznanych przez Zamawiającego za zasadne, a jednocześnie wbrew treści wniesionego odwołania, w którym dopuszczał możliwość sanowania uchybień oferty Sanikom w trybie art. 26 ust. 3 pzp, na rozprawie bezskutecznie usiłował wywieść, że jednak przepis ten nie znajdzie zastosowania.

Niezależnie od powyższego w ocenie Izby zgłoszone przez Odwołującego na rozprawie wnioski dowodowe nie wykazują, że obiektywnie Sanikom nie będzie w stanie uczynić zadość wezwaniu do złożenia poprawionych dokumentów na potwierdzenie, że zaoferowane moduły fotowoltaiczne posiadają, po pierwsze – gwarantowaną liniową wydajność energetyczną na poziomie 83% mocy początkowej w 25. roku użytkowania, po drugie – wytrzymałość na obciążenie 8000 Pa.

W pierwszej z tych dwóch kwestii złożona przez Sanikom na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp karta techniczna zawiera błąd polegający na braku skorelowania potwierdzenia w jej treści „gwarancji na uzysk 83% po 25 latach” z wykresem, na którym wskazano moc gwarantowaną po 25 latach na poziomie 80%. Jednocześnie Przystępujący na rozprawie powołał się na dowód w postaci oświadczenia oraz karty gwarancyjnej wydanych przez producenta modułów fotowoltaicznych oferowanych przez Sanikom, z których wynika, że standardowe warunki gwarancji dostępne na stronie internetowej producenta (które zostały załączone do odwołania), dotyczą wartości uśrednionych dla całej grupy produktów. Natomiast w związku z tym przetargiem producent zdecydował się udzielić gwarancji odpowiadającej parametrom wymaganym przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił zaś żadnych dowodów dla wykazania, że istnieją ku temu faktyczne lub prawne przeszkody.

Odnosnie wytrzymałości wywód Odwołującego na rozprawie zmierzał do wykazania, że złożony na posiedzeniu przez Przystępującego „Raport techniczny nr 70.406.16.190.03” co prawda potwierdza wymagany parametr wytrzymałości, ale nie w stosunku do modułów zaoferowanych przez Sanikom, które według karty technicznej mają inne wymiary niż podane w raporcie. Z kolei Przystępujący oświadczył na rozprawie, że to w karcie technicznej omyłkowo podano błędne wymiary, które powinny być takie, jak w raporcie technicznym, na który Przystępujący powołał się w toku rozprawy. W odpowiedzi na co Odwołujący podniósł, że to karta techniczna powinna być traktowana jako uszczegółowienie

treści oferty. Przy czym niesporne było, że informacje wymagane i podane w ramach formularza oferty nie precyzują wymiarów oferowanych modułów fotowoltaicznych.

Izba zważyła, że spór, który rozgorzał na rozprawie wykracza poza zakres kognicji Izby w tej sprawie, który z mocy art. 192 ust. 7 pzp ogranicza się do zarzutów, które były zawarte w odwołaniu. Tymczasem w odwołaniu nie podniesiono okoliczności dotyczących treści oferty Sanikom w kontekście wymiarów oferowanych modułów fotowoltaicznych ani żadnych twierdzeń co do konieczności ustalenia tej treści na podstawie karty katalogowej, która – jak wskazano w odwołaniu – stanowiła jeden z dokumentów zażądanych przez Zamawiającego w s.i.w.z. na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp jako dokument potwierdzający spełnianie wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji również w kwestii parametru wytrzymałości nie sposób uznać, że Odwołujący wykazał obiektywną faktyczną lub prawną niemożność złożenia przez Sanikom na wezwanie Zamawiającego certyfikatu stwierdzającego pozytywny wynik testów wytrzymałości modułów na obciążenie 8 tys. Pa, wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność, o której mowa w art. 30b pzp.

W odniesieniu do braku złożenia wymaganych dokumentów na potwierdzenie, że oferowane przez Sanikom moduły fotowoltaiczne cechują się pokryciem szyby samoczyszczącą nanopowłoką nanoszoną na etapie produkcji oraz pokryciem szkła solarnego warstwą antyrefleksyjną o przepuszczalności światła min. 94,5%, Odwołujący nie twierdził na rozprawie, że uzupełnienie w tym zakresie przez Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp nie jest możliwe.

Izba uznała za niewiarygodny dowód z korespondencji mailowej prowadzonej przez Odwołującego z pracownikiem producenta Ulica Solar, gdyż nie wynika z niej, że osoba ta jest uprawniona do składania w imieniu producenta wiążących oświadczeń woli lub wiedzy. Ponadto nic nie wskazuje na to, aby osoba ta była zorientowana w relacjach handlowych, które wiążą Sanikom z tym producentem, w tym udzielonymi w związku z tym zapewnieniami i gwarancjami co do urządzeń zaoferowanych przez Sanikom w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Odrębnie należy potraktować zarzut, jakoby oferta Sanikomowi miała podlegać odrzuceniu, gdyż karty techniczne inwertera zawierające informacje potwierdzające spełnianie przez nie parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia odnoszą się do innych, nieprodukowanych już przez producenta urządzeń.

Podkreślić należy, że w przeciwieństwie do pozostałych potrzymanych zarzutów, w tym przypadku niesporne jest, że złożone przez Sankom na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp karty katalogowe potwierdzają spełnianie parametrów w zakresie

określonym w s.i.w.z. Zarzut ten sprowadza się natomiast do twierdzenia, że Sanikom nie mógł zaoferować takich inwerterów, gdyż nie są one już produkowane i oferowane na rynku.

Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał faktycznej czy prawnej niemożności zaoferowania przez Sanikom poprzednich modeli falowników. Ze złożonego na rozprawie oświadczenia producenta SolarEdge Technology wynika jedynie, że wszystkie falowniki produkowane od 8 kwietnia 2019 r. są bez wyświetlaczy i nie będą już oferowane klientom. W żaden sposób nie dowodzi to, że Sanikom nie mógł zaoferować Zamawiającemu urządzeń w wersji z wyświetlaczem, które mógł nabyć lub zamówić przed tą datą np. u dystrybutora producenta, który miał je na stanie magazynowym.

Na marginesie, ale jednak należy zauważyć, że zarzut zawarty w odwołaniu nie dotyczy w tym przypadku niezgodności parametrów urządzeń zaoferowanych przez Sanikom z parametrami opisanymi w s.i.w.z., gdyż niesporne było na rozprawie, że niezależnie od wersji (z wyświetlaczem czy bez) falowników spełniają one wymagane parametry. Co więcej, sam Odwołujący na rozprawie oświadczył, że w razie uszkodzenia urządzenia z wyświetlaczem jest ono wymieniane w ramach gwarancji producenta na urządzenie bez wyświetlacza, co zdaje się potwierdzać, że są to analogiczne urządzenia.

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 pzp czy art. 7 ust. 1 i 3 pzp mają charakter niesamoistny, gdyż opierają się na tych samych okolicznościach faktycznych co powyżej rozpoznane zarzuty, należy uznać, że również podlegają oddaleniu.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.