

WYROK
z dnia 16 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu, Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie [pełnomocnik], [2] ML SYSTEM+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu, 36-062 Zaczernie 190** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Łuków, Świderska 12, 21-400 Łuków**

przy udziale wykonawcy **Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Dojazd 16 A, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: 1176/19** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy **Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Dojazd 16 A, 33-100 Tarnów** jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Łuków, Świderska 12, 21-400 Łuków**

i:

- 3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu, Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie [pełnomocnik], [2] ML SYSTEM+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu, 36-062 Zaczernie 190** tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2) zasądza od zamawiającego **Gmina Łuków, Świderska 12, 21-400 Łuków** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu, Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie [pełnomocnik], [2] ML SYSTEM+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu, 36-062 Zaczernie 190** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Łuków, ul. Świderska 12,21-400 Łuków wszczął postępowanie na dostawę w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Łuków w ramach projektu „Czysta Energia w Gminie Łuków” (Projekt pn. „Czysta Energia w Gminie Łuków III” współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w Ramach Regionalnego programu operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2014-2020” (znak sprawy: PI.271.1.2019)« odwołanie dotyczy 2 części zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4.02.2019 r. pod nrem 2019/S 024-052293.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

12.06.2019 r. zamawiający poinformował o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Dojazd 16 A, 33-100 Tarnów (dalej wykonawca H).

24.06.2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu, Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie (pełnomocnik), (2) ML SYSTEM+ Sp. z o.o. z siedzibą w Zaczerniu, 36-062 Zaczernie 190, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 2 na:

- 1) wybór jako najkorzystniejszej oferty – oferty złożonej przez wykonawcę H;
- 2) zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy H;
- 3) zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy H jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy H, pomimo że wykonawca H przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące parametrów technicznych oferowanego modułu, wprowadzając tym samym w błąd zamawiającego, że moduł spełnia wymagania SIWZ, miało to istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez zamawiającego, bo w oparciu o te informacje zamawiający uznał, że oferta wykonawcy H jest zgodna z SIWZ, co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy H jako najkorzystniejszej;

- 2) art. 30b ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy H, pomimo że wykonawca H przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące certyfikacji oferowanych urządzeń, wykonawca H nie przedstawił certyfikatu dla oferowanych modułów oraz inwertera, po pierwsze – złożone przez wykonawcę H dokumenty nie stanowią kompletnych certyfikatów (a jedynie wyciągi), po wtóre – dokumenty dotyczą innych urządzeń, o standardowych parametrach (nie zmienionych na potrzeby rozpoznawanego postępowania);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzućenie oferty, pomimo, że jej treść nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ co do parametrów oferowanego towaru;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp przez nieodrzućenie oferty, pomimo, że oferowana przez wykonawcę H cena była rażąco niska;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp przez zezwolenie na modyfikację treści oferty wykonawcy H w zakresie opisu oferowanego urządzenia po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy H;
 - 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem argumentacji przedstawionej w treści odwołania;
 - 3) wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy H;
- względnie o nakazanie zamawiającemu:
- 4) odrzućenie oferty wykonawcy H jako niezgodnej z SIWZ.

Argumentacja odwołującego

Z uwagi na wysokość cen ofertowych brutto zaproponowanych przez pozostałych wykonawców, które to ceny były niższe niż cena z oferty odwołującego, odwołujący już w tym miejscu wskazuje, że oferty pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu obarczone były istotnymi błędami, w związku z czym żadna z nich nie będzie mogła zostać skutecznie wybrana przez zamawiającego. Odwołujący – przed złożeniem odwołania, zestawiał parametry falowników i modułów oferowanych przez pozostałych wykonawców, z którego to zestawienia wynika bezspornie, że zaoferowane produkty nie odpowiadają treści SIWZ.

1) J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S., zaoferowała dostawę modułów produkowanych przez spółkę Bruk Bet sp. z o.o. (model

BEM-290), gdzie napięcie obwodu otwartego (V_{oc}) wynosi 38,4 V. Zamawiający dopuścił natomiast wyłącznie urządzenia o parametrach pomiędzy 39,4-40,6 V. Oferta ta jest zatem niezgodna z wymogami SIWZ, a niezgodność ta nie podlega konwalidacji w trybie wyjaśnień lub uzupełnień, gdyż po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalna zmiana oferowanego urządzenia – prowadziłaby ona bowiem do niedozwolonej zmiany treści oferty. Zgodnie zaś z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści. Zaoferowanie wadliwego urządzenia dyskredytuje zatem ww. ofertę w całości, co uzasadnia jej odrzucenie.

2) Spółka Flexipower Group sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Woli Żaradzyńskiej, zaoferowała dostawę modułów KuBlack CS3K 310 MS, gdzie prąd w punkcie mocy maksymalnej wynosi 9,43A, zamawiający dopuścił zaś wyłącznie urządzenia o parametrach: pomiędzy 9,05-9,34 A. Ponadto, oferowane urządzenie posiada napięcie dla punktu mocy max (V_m) 32,9 V. Zamawiający treścią SIWZ dopuścił zaś wyłącznie urządzenia o parametrach – 31,4-32,1 V. Co więcej ww. podmiot zaoferował moduł, dla którego maksymalne obciążenie śniegiem wynosi 5400 Pa, natomiast zamawiający w treści SIWZ wymaga, aby urządzenie dopuszczało obciążenie śniegiem 6000 Pa. Co więcej, zamawiający określił, że nominalna max moc jednego modułu (P_{max}) powinna wynosić 290 Wp, przy maksymalnej liczbie 60 ogniw. Tymczasem oferowane przez wykonawcę moduły mają moc w wysokości 310 Wp „i są cięte na pół”, co sugeruje, że moduł, wbrew wymogom SIWZ, składać się będzie ze 120 ogniw. Ww. spółka zaoferowała także falowniki marki Solax Power, Solax XI-3.0, które również nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ: oferowany produkt posiada maksymalną moc wyjściową w wysokości 3000 W, podczas gdy w SIWZ wskazano, że maksymalna moc wyjściowa powinna wynosić 2700 W. Co więcej, maksymalny prąd na wyjściu oferowanego produktu wynosi 14 A, podczas gdy zamawiający wskazał wartość 12,5 A. Powyższe, jednoznacznie wskazuje, że produkty oferowane przez wykonawcę – spółkę Flexipower Group sp. z o.o. sp.k. nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego.

3) Spółka Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaoferowała falowniki typu Growatt 3000S, które nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ: oferowany produkt posiada maksymalną moc wyjściową w wysokości 3000 W, podczas gdy w SIWZ wskazano, że maksymalna moc wyjściowa powinna wynosić 2700 W. Co więcej, maksymalny prąd na wyjściu oferowanego produktu wynosi 14 A, podczas gdy zamawiający wskazał wartość 12,5 A. Co więcej oferowane przez ww. spółkę moduły MSPSolar Group, MP-M-290, również nie spełniają wymagań określonych w SIWZ:

- prąd w punkcie mocy maksymalnej wynosi 9,42 A, podczas gdy zamawiający wymaga 9,05-9,34 A,

- prąd zwarciovyy wynosi 10,8 A, podczas gdy zamawiający wymaga 9,5-9,98 A,
- napięcie dla punktu mocy max (Vm) wynosi 30,8 V, gdy zamawiający wymaga 31,4-32,1 V,
- napięcie obwodu otwartego (Voc) wynosi 38,45 V, gdy zamawiający wymaga 39,4-40,6 V.

Jednoznacznie wskazuje to, że produkty oferowane przez wykonawcę Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego.

Dowód:

- Zestawienie propozycji oferentów w zakresie proponowanych modułów i falowników, z uwzględnieniem wymagań zamawiającego wskazanych w treści SIWZ;
- Specyfikacja techniczna dla modułu Bruk Bet, BEM- 290,
- Specyfikacja techniczna dla modułu CSUN290-60M,
- Specyfikacja techniczna dla modułu Ku Black CS3K 310 MS,
- Specyfikacja techniczna dla modułu MPSoiar Group sp. z o.o. MP-M-270W-300,
- Specyfikacja techniczna dla modułu RS290M6-60

- na okoliczność niezgodności oferowanych produktów przez wykonawców z treścią SIWZ, błędnych obliczeń cen przez wykonawców, możliwości uzyskania przez odwołującego zamówienia, którego oferta, jako jedyna, spełnia wszystkie warunki określone SIWZ.

Z uwagi na powyższe odwołujący podnosi, że oferty ww. wykonawców powinny zostać odrzucone, gdyż ich treść nie odpowiada OPZ wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zauważyć przy tym także należy, że oferowanie produktów niższej jakości, odbiegających od wymagań ustalanych przez zamawiającego w SIWZ, przyczyniło się w konsekwencji do wskazania niższej ceny w porównaniu do ceny obliczonej przez odwołującego, który zaoferował moduły i falowniki, odpowiadające parametrom wymaganym przez zamawiającego. Podane przez innych wykonawców ceny są także znacznie niższe od ceny szacowanej przez zamawiającego, co w stopniu granicznym z pewnością skutkować będzie odrzuceniem złożonych ofert bądź to w trybie art. 90 ust. 3 Pzp, bądź to jako niezgodnych z treścią SIWZ.

Interes wykonawcy we wniesieniu odwołania sprowadza się zatem do możliwości uzyskania zamówienia. W ocenie odwołującego, tylko oferta złożona przez odwołującego jako jedyna odpowiada SIWZ. Powyższe legitymuje odwołującego do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa radcy prawnego, według norm prawem przepisanych.

Jednocześnie, z daleko idącej ostrożności, celem udowodnienia zarzutów wskazanych w pkt 1.2-1.3 powyżej, wnoszę o powołanie biegłego rzeczoznawcy – eksperta z dziedziny fotowoltaiki celem wykazania:

1) czy wskazany przez wykonawcę H moduł typu RS290M6-60 oraz falownik GROWATT 3000 S spełnia określone treścią SIWZ minimalne wymagania Zamawiającego co do parametrów oferowanych urządzeń;

2) czy zaprezentowane w treści złożonych przez wykonawcę H kart katalogowych dane (parametry) są fizycznie możliwe do osiągnięcia, pomimo ewidentnie widocznego braku zależności liniowej pomiędzy poszczególnymi wartościami;

3) czy złożone przez wykonawcę H certyfikaty dotyczą oferowanych urządzeń?

I. STAN FAKTYCZNY SPRAWY

Wykonawca H złożył ofertę w rozpoznawanym postępowaniu celem udzielenia mu zamówienia publicznego.

Wypełniając opracowany przez zamawiającego formularz oferty, wykonawca H zaoferował dostawę instalacji fotowoltaicznej o mocy 2,32 kWp, wykonanej przy użyciu modułu marki RUNDA SOLAR nr RS290M6-60 oraz inwertera fotowoltaicznego marki GROWATT 3000 S za cenę jednostkową netto 8 889,00 zł, a za łączną cenę 2 956 504,32 zł.

Oferta ta, w ocenie odwołującego, nie spełniała warunków określonych w SIWZ, o czym odwołujący informował zamawiającego w toku postępowania. W konsekwencji powyższego, a także – jak wynika z treści wezwania – z uwagi na podejrzenia co do rażąco niskiej ceny oferty, zamawiający m.in. pismem z 10.052019 r. wezwał wykonawcę H do złożenia wyjaśnień, czy rzeczywiście:

- 1) wykonawca H zaoferował moduły typu RS290M6-60 gdzie prąd zwarciový wynosi 9,45 A, podczas gdy zamawiający dopuścił urządzenia wyłącznie o parametrach pomiędzy 9,5-9,98 A;
- 2) oferowane przez wykonawcę H urządzenie waży 20 kg, podczas gdy maksymalna waga urządzenia to 18,5 kg;
- 3) wykonawca H zaoferował falowniki GROWATT 3000 S o maksymalnej mocy wyjściowej w wysokości 3000 W, podczas gdy maksymalna moc wyjściowa zgodnie z SIWZ nie powinna przekroczyć 2 700 W;
- 4) maksymalna wartość prądu wyjściowego oferowanego urządzenia wynosi 14 A, podczas gdy zamawiający wskazał w SIWZ na maksymalną wartość 12,5 A,
– a nadto, czy w złożonej ofercie uwzględniono koszt:
- 5) wykonania rozdzielnic RDC (stopień ochrony obudowy IP65);
- 6) liczników wyprodukowanej energii;

- 7) zastosowania dwóch ograniczników przepięć;
- 8) prac geodezyjnych;
- 9) falownika, który byłby kompatybilny z zainstalowanym w rozdzielnicy AC budynku, licznikiem energii zliczającym wyprodukowaną energię ze źródeł OZE.

W odpowiedzi na powyższe pytania, w treści pisma z 15.05.2019 r.:

Ad 1 i 2 – wykonawca H oświadczył, że jego urządzenie spełnia parametry SIWZ. Jednocześnie, wyjaśniając rozbieżności pomiędzy treścią złożonej zamawiającemu karty katalogowej a „oryginałem” producenta, dostępnym na jego stronie internetowej wskazał, że wszelkie różnice pomiędzy ww. dokumentami wynikają wyłącznie z braku aktualizacji danych kart na ww. stronie. Najnowsza wersja oferowanego modułu zawiera parametr prądu zwarciovego I_{sc} równego 9,51 A jak również wagę modułu 18,5 Kg i w tym też zakresie producent urządzeń poprawił publikowane przez siebie karty produktu.

Na dowód powyższego wykonawca dodatkowo złożył oświadczenie producenta, które potwierdzało, że producent faktycznie oferuje do sprzedaży taki produkt. Producent w ww. dokumencie nie oświadczył jednak, by ww. urządzenie, o nowych parametrach, poddane zostało certyfikacji.

Ad 3 i 4 – powołując się na treść pisma z 16.04.2019 r., wykonawca potwierdził podane w piśmie informacje, że „moc 3000 W zostanie zredukowana na etapie produkcji do wymaganej mocy 2750 W”, aczkolwiek moc 3000 W jest wartością lepszą aniżeli oczekiwana przez zamawiającego oraz że w podobny sposób, na skutek redukcji mocy do 2750 W, zostanie zredukowany prąd wyjściowy do wymaganej wartości 12.5.A.

Na dowód powyższego wykonawca złożył umowę dystrybucyjną oraz oświadczenie producenta.

Podobnie jak w poprzednim przypadku, producent nie potwierdził, by urządzenie z dostosowanymi parametrami urządzenia poddane zostało certyfikacji.

Ad 5 – wskazał, że informacje w zakresie kosztów uwzględniania rozdzielnic RDC w łącznym koszcie dostawy zostały wyjaśnione w odrębnym piśmie dotyczącym rażąco niskiej ceny.

Ad 6 – wyjaśnił, że koszt liczników zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 22 do SIWZ został uwzględniony.

Ad 7 – powołując się na poprzednio złożone wyjaśnienia, koszty dwóch ograniczników przepięć zostały uwzględnione w kosztach dodatkowych, pod pozycją „inne koszty”.

Ad 8 – wykonawca H wskazał, że uwzględnianie w wycenie ewentualnych kosztów prac geodezyjnych jest niezasadne (sic!), bo wszystkie instalacje znajdować się będą na budynkach mieszkalnych, w których punkt wpięcia znajduje się wewnątrz. Powyższe sugeruje, że koszt prac geodezyjnych nie został uwzględniony. Pomimo tego, w treści pisma

z 15.05.2019 r.: wykonawca H wskazał, że „jeżeli w pojedynczych przypadkach wystąpi konieczność przeprowadzenia przewodów w gruncie, koszty prac oraz inwentaryzacji geodezyjnej zostały przewidziane”.

Ad 9 – wykonawca H wyjaśnił, że w związku z rezygnacją z wymogu zastosowania dodatkowego licznika zliczającego energię brutto, wymóg dla falownika posiadania funkcji kompatybilności jest niezasadny. Koszt ten zatem nie został uwzględniony.

Odwołujący kwestionuje wiarygodność i rzeczowość ww. wyjaśnień w całości oraz podnosi, co następuje:

UZASADNIENIE ZARZUTU RAŻĄCEGO NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 17 PZP

II. 1. Rażące naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w kontekście podania nieprawdziwych informacji co do parametrów oferowanego modułu (ad 1)

Odwołujący podnosi, że wykonawca H podał w karcie produktu oferowanego modułu nieprawdziwe dane celem udowodnienia zamawiającemu, że oferowany towar spełnia wymagania SIWZ. W sposób celowy podmieniono bowiem wskazane poniżej wartości z oryginalnej, producenckiej karty katalogowej modułu, tworząc kartę nieistniejącego urządzenia.

Wykonawca H po wezwaniu przedstawił co prawda oświadczenie producenta potwierdzające, że tego rodzaju produkt, na zamówienie kontrahenta, jest w stanie wyprodukować, jednak ww. oświadczeniu nie można przyznać waloru wiarygodności.

Niżej opisanych zmian parametrów urządzenia dokonano jednak w sposób bezmyślny, „podmieniając” na prawidłowe tylko niektóre z wartości określonych w karcie. Nie jest możliwa zmiana wskazanych w pkt 1 ppkt 1 i 2 powyżej parametrów prądu zwarcia (I_{sc}), bez modyfikacji pozostałych parametrów podanych w karcie – w szczególności wartości prądu zwarcia (I_{sc}) zmierzonego w warunkach NOCT. Wszystkie elementy podane w karcie technicznej urządzenia są od siebie bowiem zależne. Zmiana jedynie jednej wartości wpływa na szereg pozostałych, zgodnie z prawami fizyki. Innymi słowy – nie jest możliwe wyprodukowanie urządzenia, które cechować się będzie wszystkimi parametrami wskazanymi przez wykonawcę H w pierwotnie złożonej karcie katalogowo produktu Mono 6 cells 280-305 W Runda Solar z jedną tylko zmienną, tj. z wyższą tylko wartością prądu zwarcia, przy zachowaniu takich samych (identycznych) pozostałych cech urządzenia. Zmiana ww. wartości pociągać będzie za sobą kolejne zmiany, innych parametrów, co jest wiedzą powszechną (aczkolwiek techniczną) i może być potwierdzone przez każdą osobę posiadającą podstawową wiedzę w branży.

Już jednak na pierwszy rzut oka widać, że w obu złożonych przez wykonawcę H kartach katalogowych przedstawiono wartości poszczególnych parametrów modułów RS290M6 (B)-60 oraz Mono 6 cells 280-305 W zmierzonych dla warunków STC oraz NOCT. Wartości te obrazują ilość energii docierającą do paneli.

Warunki STC to tzw. standardowe warunki atmosferyczne STC (Standard Test Conditions) które zakładają:

- nasłonecznienie 1000W/m^2 ,
- temperaturę ogniw oświetlanego panelu $+25^\circ\text{C}$,
- spektrum promieniowania dla gęstości atmosfery 1,5 (AM 1,5).

Uzyskanie takich warunków w Polsce jest trudne, dlatego bardziej obiektywne będą parametry paneli dla warunków NOCT (Normal Operating Celli Temperatur – temperatura ogniwa w normalnych warunkach pracy). Warunki te są następujące:

- nasłonecznienie 800W/m^2 ,
- temperatura otoczenia oświetlanego panelu $+20^\circ\text{C}$,
- spektrum promieniowania dla gęstości atmosfery 1,5 (AM 1,5),
- prędkość wiatru 1 m/s .

Karty katalogowe produktu wskazują obie z ww. wartości, pokazując możliwą do uzyskania ilość energii w warunkach STC i NOCT przy wartości prądu $9,45\text{ A}$ – w treści oryginalnej karty producenta dla wartości $9,45\text{ A}$ – w karcie zmodyfikowanej przez wykonawcę H.

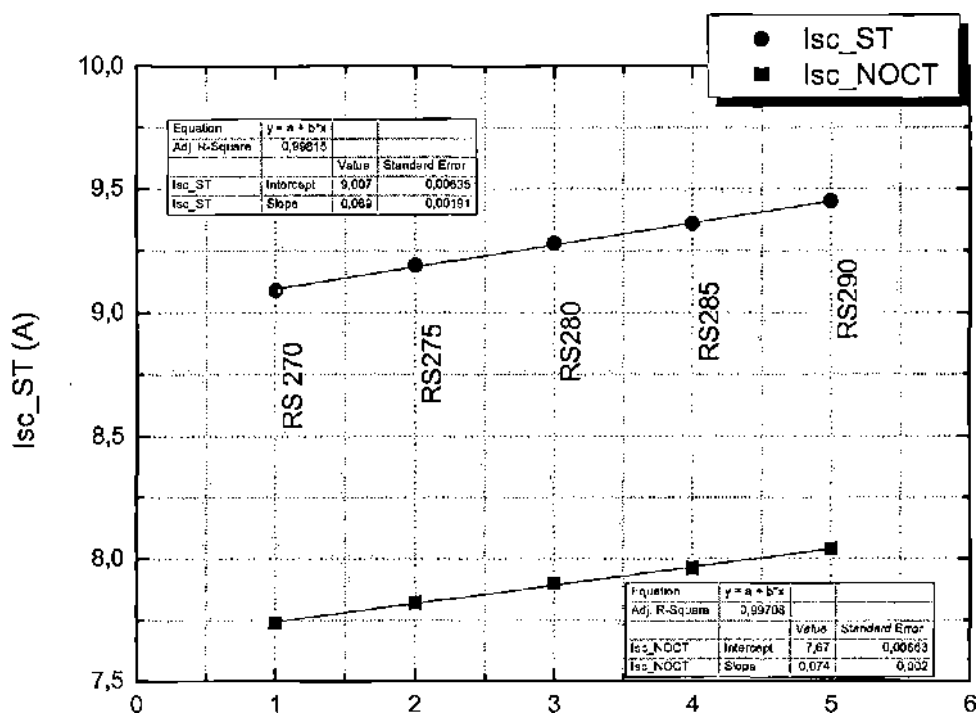
W karcie katalogowej złożonej przez wykonawcę H nie zmieniono jednak żadnej z wartości NOCT, co sugerowałoby, że przy prądzie zwarcia o wartości $9,45\text{ A}$ panel zachowa się identycznie jak przy wartości $9,51\text{ A}$. Jest to jednak niemożliwe, bowiem testom poddane zostaje inne urządzenie.

Porównując wartości pozostałych parametrów elektrycznych modułów PV przedstawionych w kartach katalogowych zauważyć można, że jedynie weryfikowana przez zamawiającego wartość I_{sc} różni się, pozostałe wartości są identyczne, co wskazuje ewidentnie na celową i sztuczną modyfikację karty katalogowej celem spełnienia wymagań postępowania.

W ocenie odwołującego każdy rzeczoznawca potwierdzi, że zmiana wartości parametru prądu zwarcia I_{sc} wyznaczonego w warunkach STC z wartości $9,45\text{ A}$ (w karcie RS290M6 (B)-60) na wartość $9,51\text{ A}$ (w przedstawionej karcie Mono 6 cells 280-305 W) bez zmiany wartości prądu zwarcia wyznaczonego w warunkach NOCT ($8,04\text{ A}$ dla obu przedstawionych produktów) nie jest możliwa z fizycznego oraz technologicznego punktu widzenia. Prąd zwarcia powstaje, gdy kontakty przednie ogniwa są zwarte z tylnymi. W takich warunkach napięcie jest równe 0 V a przez ogniwo płyną tylko prądy generowane światłem. Wartość prądu zwarcia zależy ściśle od konstrukcji ogniwa i materiału półprzewodnika, zatem jeżeli testy przeprowadzono dla tych samych modułów (tych samych ogniw PV) w warunkach STC i NOCT nie jest możliwe uzyskanie deklarowanych w karcie katalogowej wartości.

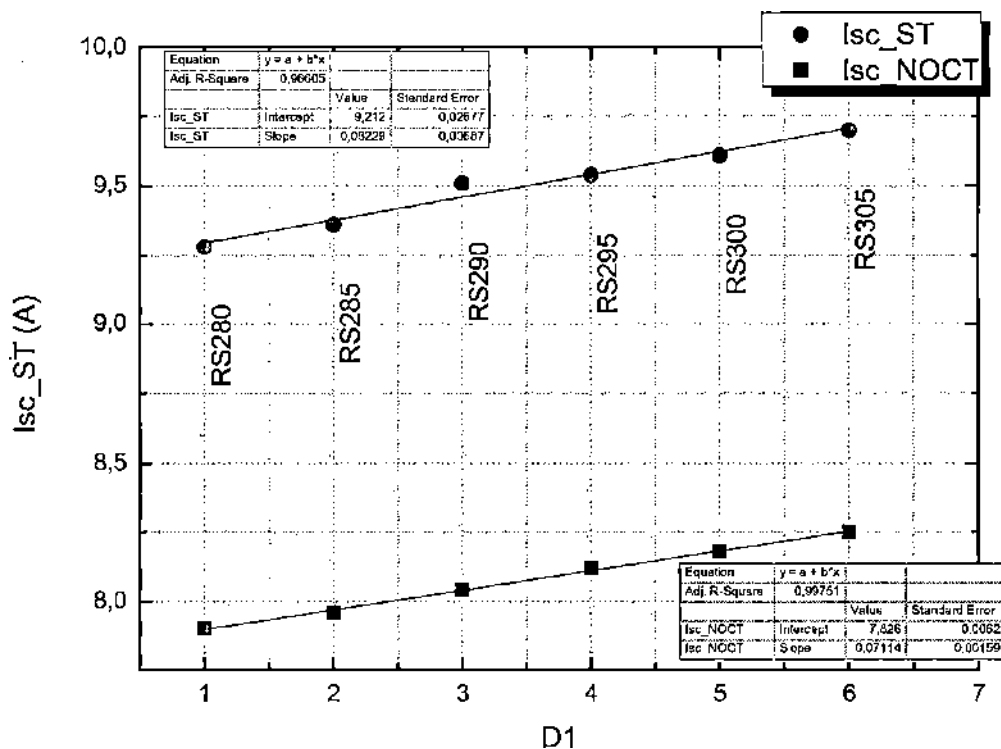
Z technicznego punktu widzenia, porównując wartości Short Circuit current I_{sc} dla różnych typów modułów mierzonych w warunkach STC i NOCT zauważyć można zależności

liniowe przedstawione na rys. 1 – dla karty RS290M6 (B) oraz Rys. 2 dla karty Mono 6 cells 280-305 W.



Rys. 1: wartości I_{sc} dla 5 różnych modułów opisanych w karcie RS290M6 (B) mierzone w warunkach STC – czerwone punkty, oraz NOCT – czarne kwadraty

Wyraźnie widać zależności liniowe zarówno dla STC jak i dla NOCT.



Rys.2: Wartości I_{sc} dla 5 różnych modułów opisanych w karcie Mono 6 cells 280-305 W mierzone w warunkach STC – czerwone punkty oraz NOCT – czarne kwadraty

Wyraźnie widać zależności liniowe zarówno dla STC jak i dla NOCT, z wyjątkiem punktu, który odbiega od trendu RS290, co jednoznacznie wskazuje na modyfikację tej wartości w karcie katalogowej.

Nie jest zatem możliwe, by przy dwóch różnych parametrach prądu zwarcia (I_{sc}), pozostałe właściwości urządzenia, pozostały takie same.

II. 2. Rażąco naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w kontekście podania nieprawdziwych informacji co do wagi oferowanego modułu, (ad 2)

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że z analizy przedstawionej architektury modułu z uwzględnieniem jego rozmiarów (wys., szer., gł.) wynika że ofertowany produkt jest identyczny pod względem budowy, jedyną różnicą jest waga deklarowana na 20 kg dla RS290M6 (B)-60 oraz 18,5 kg dla Mono 6 cells 280-305 W. Biorąc pod uwagę schemat budowy modułu (identyczny dla obu produktów) różnice w wadze pomiędzy modułami można tłumaczyć wyłącznie zmianą materiałów konstrukcyjnych modułu (ramki, szkło itp.). Wykonawca H na żadne tego rodzaju zmiany nie wskazał i nie wytłumaczył, w jaki sposób „odchudził” moduł o 1,5 kg.

Powyższe wskazuje na fikcyjność podanych danych – nie jest możliwa tak znaczna zmiana wagi bez istotnych różnic materiałowych oraz, co istotne, wskazanych w pkt II.1 parametrów, które także w tym przypadku powinny ulec choćby nieznacznej zmianie. W ocenie odwołującego następstwem zmiany materiałów konstrukcyjnych modułu bez wątplenia są zmiany parametrów mechanicznych, dlatego też przedstawione przez wykonawcę H informacje jako nierzetelne, nie powinny zostać uznane przez zamawiającego.

Powyższe świadczy nadto o naruszeniu art. 30b ust. 1 Pzp, bo zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę H pomimo nie złożenia przez wykonawcę H certyfikatu dla ww. „odchudzonego” urządzenia (o czym w pkt V).

III. Rażąco naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w kontekście podania nieprawdziwych informacji co do cech oferowanego modułu, nieprawidłowa wartość parametru Temp Coefficientl

Odwołujący wskazał, że przedstawiona w karcie produktu Mono 6 cells 280-305 W wartość parametru Temp Coefficient Pmmp ($\%/^{\circ}\text{C}$) równa 0,445 nie jest wartością możliwą do osiągnięcia. Współczynniki temperaturowe (I_{sc} , U_{oc} , P_{mpp}) pokazują jak zmienia się natężenie prądu (I_{sc}), napięcie (U_{oc}) oraz moc (P_{mpp}) panelu fotowoltaicznego wraz ze zmianą jego temperatury w stosunku do warunków STC, czyli w stosunku do temperatury ogniwa wynoszącej 25°C . Podana wartość 0,455 wskazuje że moc modułu rośnie wraz ze wzrostem temperatury, co absolutnie nie jest możliwe dla proponowanego produktu. Na

chwile obecna nie istnieją na świecie moduły fotowoltaiczne oparte o ogniwa krzemowe wykazujące dodatni współczynnik temperaturowy mocy.

Powyższe, podobnie jak wskazane uprzednio uchybienia i nieścisłości, wskazuje na fikcyjność i dowolność podanych w poprawionej karcie katalogowej wartości, które nijak się mają do rzeczywistych właściwości oferowanego urządzenia.

IV. Rażąco naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy H, pomimo że nie spełniała ona wymagań SIWZ co do wartości mocy wyjściowej oraz maksymalnej wartości prądu wyjściowego oferowanego urządzenia (ad 3 i 4)

Niezależnie od wyżej opisanych niezgodności, wynikających z celowego podstawienia wartości wynikających z SIWZ do kart katalogowych oferowanych produktów odwołujący wskazuje, że w toku składanych przez wykonawcę H wyjaśnień doszło do nieuprawnionej zmiany oferty, polegającej na zaproponowaniu:

- zamiast inwertera fotowoltaicznego marki GROWATT New Energy Technology model 3000 S, o standardowych parametrach, przedstawionych w dołączonej na wezwanie zamawiającego karcie katalogowej,
- inny inwerter o indywidualnie ustalonych parametrach, którego moc oraz prąd wyjściowy zostanie zredukowana na etapie produkcji.

Z powyższego wynika, że wykonawca H zamierza dostarczyć urządzenie wykonane na zamówienie, o właściwościach innych niż standardowe dla urządzeń ww. typu. Powyższe świadczy o zmianie treści pierwotnie złożonej oferty – wykonawca H nie wskazał bowiem w ofercie, by zamawiane urządzenie miało być „personalizowane” specjalnie pod zamówienie – Treść oferty wskazuje, że wykonawca H zaoferował produkt „katalogowy”. Zamieszczony przez wykonawcę w treści oferty opis wprost odsyła do produktu o określonym numerze, o zidentyfikowanych parametrach technicznych – zmiana w tym zakresie, na tym etapie postępowania, jest niedopuszczalna i świadczy o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp, a na potwierdzenie tego odwołujący wskazał na wyrok KIO z 16 grudnia 2016 r., (sygn. akt KIO 2300/16).

Skoro zatem z treści oferty nie wynika wola modyfikacji „standardowego” urządzenia, którego nazwa została podana w tabeli, wyjaśnienia wykonawcy H w ww. zakresie nie powinny spotkać się z uznaniem zamawiającego.

Powyższe okoliczności potwierdzają nadto naruszenie art. 30b ust. 1 Pzp, bo wykonawca nie złożył certyfikatów dla urządzeń o zmienionych parametrach.

V. Rażąco naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na wyborze oferty wykonawcy H pomimo niezłożenia certyfikatu dla oferowanego modułu

Dodatkowo odwołujący wskazał, że nawet gdyby teoretycznie (co w rzeczywistości jest nieosiągalne biorąc pod uwagę sumę i zależności poszczególnych parametrów) przyjąć, że oferowany przez wykonawcę H moduł posiada deklarowane parametry to i tak nie można byłoby uznać oferty wykonawcy H za kompletną i prawidłową. Złożone do oferty certyfikaty (a w zasadzie ich wyciągi) dotyczą bowiem innego urządzenia.

Wyjaśniając powyższe odwołujący wskazuje, że z analizy przedstawionej architektury modułu z uwzględnieniem jego rozmiarów (wys., szer., gł.) wynika że ofertowany produkt jest identyczny pod względem budowy, jedyną różnicą jest waga deklarowana na 20 kg dla RS290M6 (B)-60 oraz 18,5 kg dla Mono 6 cells 280-305 W. Biorąc pod uwagę schemat budowy modułu (identyczny dla obu produktów) różnice w wadze pomiędzy modułami można tłumaczyć wyłącznie zmianą materiałów konstrukcyjnych modułu (ramki, szkło itp.). Tak istotna zmiana parametrów urządzenia wymusza ponowny proces certyfikacyjny (recertyfikacyjny).

Następstwem zmiany materiałów konstrukcyjnych modułu mogą być zmiany parametrów mechanicznych. Jeśli faktycznie w budowie modułu zostały wprowadzone zmiany, zgodnie z „retesting guideline” wymaga on ponownej certyfikacji (MQT16) dla potwierdzenia spełnienia norm, oraz wyznaczenie wartości parametrów mechanicznych. W takim przypadku nie jest możliwe posługiwanie się certyfikatami uzyskanymi dla modułu RS290M6 (B)-60 o wadze 20 kg.

Nie tylko waga produktu, ale i zmiana prądu zwarciovego, wymaga w ocenie odwołującego ponownej certyfikacji. Z technicznego punktu widzenia bowiem tego rodzaju zmiana możliwa jest jedynie przy zmianie parametrów optycznych układu moduł-ogniwa (np. przez zastosowanie szkła solarnego z powłoką antyrefleksyjną). Taka zmiana musi prowadzić to zwiększenia prądu znamionowego (I_{mPP}), napięcia znamionowego (V_{mpp}), a w efekcie podniesienia mocy znamionowej (P_{mpp}) modułu. Nie znajduje to odzwierciedlenia w poprawionej karcie katalogowej modułu. Wartość prądu została zmieniona w sposób arbitralny bez wykonania należytego pomiaru parametrów znamionowych modułu w warunkach STC zgodnie z normą IEC 60904. Jest to niedopuszczalne z punktu widzenia normy IEC 61215, gdzie aprobaty typu musi być każdorazowo poddana pomiarowi.

Ponadto, jeżeli podniesienie wartości prądu zwarciovego wynikało ze zmiany parametrów szkła lub zmiany technologii ogniw słonecznych to zgodnie z dokumentem „Retesting Guideline” dla normy IEC 61215 należy dodatkowo wykonać następujące testy:

- 1) Thermal cycling, 200 cycles (10.11);
- 2) Damp heat (10.13);
- 3) Outdoor exposure (10.8);
- 4) Hot spot endurance (10.9);

- 5) Sekwencja UV (10.10)/thermal cycling, 50 cycles (10.11)/humidity freeze (10.12);
- 6) Mechanical load test (10,16);
- 7) Hail test (10.17).

W celu potwierdzenia dostarczonego certyfikatu nr Z2 17 02 72918 051 na zgodność z normą IEC 61215 należało zatem dostarczyć:

- 1) potwierdzenie powiadomienia jednostki certyfikującej o zmianach dokonanych w produkcji;
- 2) potwierdzenie wykonania i przejścia dodatkowych testów wykonanych w jednostce certyfikującej;
- 3) potwierdzenie z aprobaty typu i przedstawienie krzywych prądowo napięciowych dla zmodyfikowanego typu modułu.

W przeciwnym wypadku przedstawiony przez wykonawcę H certyfikat należy uznać za nieważny, ponieważ dotyczy innego typu produktu.

VI. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegające na wyborze oferty wykonawcy H, pomimo że cena wskazana w ofercie wykonawcy H była rażąco niska

Odwołujący nadto wskazuje, że rażąca dysproporcja pomiędzy ceną zaoferowaną przez wykonawcę H, a jego ofertą musi wynikać z niedoszacowania niektórych robót bądź ich pominięcia. Nawet bowiem teoretyczne – aczkolwiek wbrew prawom fizyki – potwierdzenie możliwości wykonania instalacji zgodnie z SIWZ przy pomocy oferowanych urządzeń nie daje zamawiającemu pewności co do ukończenia przez wykonawcę H wszelkich robót za oferowaną kwotę brutto. W ocenie odwołującego jest cena ofertowa wykonawcy H rażąco niska.

Jakkolwiek większość informacji w ww. zakresie zostało utajnionych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak już na podstawie treści pisma z 15.05.2019 r. można wskazać, że wykonawca H:

- 1) nie uwzględnił kosztów dwóch ograniczników przepięć; wyjaśnienia z ww. daty, wskazujące, że zostały one uwzględnione w „kosztach dodatkowych pod pozycją – inne koszty” nie powinny zostać uwzględnione przez zamawiającego;
- 2) nie uwzględnił kosztów prac geodezyjnych, gdyż w treści pisma nie wskazał, pod jaką pozycją i w jakiej kwocie zostały one uwzględnione; co więcej, wykonawca H wprost oświadczył, że uwzględnienie kosztów prac geodezyjnych jest niezasadne (sic!). Koszty prac geodezyjnych to nawet kilkadziesiąt tysięcy złotych, dlatego też powyższe należy uznać za istotną wadę oferty.

W ocenie odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy H, jakie zostały złożone w ww. zakresie, uznać należy za pozorne i niewystarczające. W postępowaniu wyjaśniającym

wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego to wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, że zaproponowana cena (lub jej część składowa) nie jest rażąco niska. Ponieważ ich celem jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę w ofercie, a takie stanowisko wyraził SO w Warszawie w wyroku, z 5 stycznia 2007 r. (V Ca 2214/06).

Zasadnym jest zatem, by w toku postępowania Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała – te i inne elementy przedstawionych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny – m.in. w zakresie ww., dwóch niedoszacowanych kosztów. Dodatkowo, wyjaśnienia i potwierdzenia wymaga fakt czy wykonawca H podał w wyjaśnieniach koszt zakupu standardowych modułów i inwerterów, według cen producenta, czy też przedstawił koszt wykonania ww. urządzeń pod indywidualne zamówienie, o zmienionych w sposób istotny parametrach, w tym koszt ich certyfikacji. Wykonawca H nie złożył i nie potwierdził, że oferowane przez wykonawcę H moduły i falowniki, o indywidualnych cechach, posiadały wymagane certyfikaty.

Podsumowując, analiza przedstawionych przez wykonawcę dokumentów: karty produktu oraz certyfikatów budzi wątpliwości w zakresie kompetentności, rzetelności i uczciwości wykonawcy H, jako wykonawcy pracy określonych w dokumentacji projektowej. Karta katalogowa przedstawiona przez wykonawcę H w ocenie odwołującego została utworzona na potrzeby przedmiotowego zamówienia, a wybrany wykonawca H nie udowodnił w toku postępowania, że oferowany produkt spełnienia warunki SIWZ tak co do parametrów, jak i certyfikatów.

Na zakończenie odwołujący podkreślił, że poprawiona karta techniczna modułu nie odnosi się do wcześniej przedstawionych certyfikatów innego modułu i producent ani w karcie, ani w treści korespondencji nie oświadcza, że poprawiona karta techniczna modułu spełnia wymagania dotyczące wymaganych certyfikatów. Dyskredytuje to złożoną przez wykonawcę H ofertę w całości.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 24.06.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 24.06.2019 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

26.06.2019 r. wykonawca Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Dojazd 16 A, 33-100 Tarnów złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po

stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 9.07.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego. Odwołujący wykazał zarzuty do ofert wszystkich wykonawców, które znalazły się w rankingu ocenianych ofert wyżej od oferty odwołującego. Mimo że odwołujący nie wykazał tych zarzutów w części odwołania przeznaczonej na formułowanie zarzutów, to jednak nie może to zaważyć na wykazaniu braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez przystępującego:

- A) deklaracja jednostki certyfikującej na okoliczność niezasadności zarzutu modyfikowania parametrów oferowanego urządzenia;
- B) formularz danych urządzeń elektrycznych i maszyn z 13.11.2017 r. odsyłający do dowodu A strona 2 na wykazanie braku modyfikacji urządzenia od co najmniej listopada 2017 r.;

- C) oficjalne oświadczenie producenta JIANGSU RUNDA Ltd.;
- D) oświadczenie producenta falownika Growatt, uzupełniające wystąpienie dystrybutora, a potwierdzające możliwość ograniczenia mocy wyjściowej w se-ryjnych urządzeniach.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez nieodrzczenie oferty, pomimo, że jej treść nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ co do parametrów oferowanego towaru – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza za odwołującym, że zamawiający musiał zbadać zmiany wagi urządzeń bez zmiany ich konstrukcji ani zmiany użycia materiałów i nie zastanowiło zamawiającego 1,5 kg to jak stwierdził **odwołujący** „odchudzenie”.

Ponadto zamawiający powinien bardziej się pochylić nad kwestią kart katalogowych, gdzie w jednej (starej) są podane wyniki STC (badane w warunkach stałych, laboratoryjnych) i NOCT (badane w warunkach rzeczywistych), a w drugiej karcie (nowej) wyniki STC zmieniają się, a wyniki NOCT pozostają bez zmian, co nie jest możliwe do spełnienia, gdyż na wyniki badań NOCT mają wpływ wyniki badań STC. W związku z tym nowe karty katalogowe nie mogą być potraktowane przez zamawiającego jako wiarygodne. Z tego względu należy stwierdzić, że treść oferty wykonawcy H nie jest zgodna z treścią SIWZ i dlatego podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Dlatego Izba musi uwzględnić trzeci zarzut odwołującego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy H.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy H, pomimo że wykonawca H przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące parametrów technicznych oferowanego modułu, wprowadzając tym samym w błąd zamawiającego, że moduł spełnia wymagania SIWZ, miało to istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, bo w oparciu o te informacje zamawiający uznał, że oferta wykonawcy H jest zgodna z SIWZ, co doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy H jako najkorzystniejszej – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający dysponując ofertą i wyjaśnieniami wykonawcy H nie wziął pod uwagę zawartych w tych dokumentach wszystkich informacji i bez wprowadzania zamawiającego w błąd. Zamawiający podjął bezpodstawną decyzję o nieodrzczeniu oferty, ale to nie obligowało zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który to przepis brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia».

W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający natykając się na niewyjaśniane dane w ofercie wykonawcy H miał obowiązek odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i zamawiający nie powinien dać się wprowadzić w błąd danymi zawartymi w ofercie i wyjaśnieniach. W związku z tym Izba nie widzi podstaw do uwzględnienia zarzutu pierwszego.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 30b ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy H, pomimo że wykonawca H przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące certyfikacji oferowanych urządzeń, wykonawca H nie przedstawił certyfikatu dla oferowanych modułów oraz inwertera. Po pierwsze – złożone przez wykonawcę H dokumenty nie stanowią kompletnych certyfikatów (a jedynie wyciągi), po wtóre – dokumenty dotyczą innych urządzeń, o standardowych parametrach (nie zmienionych na potrzeby rozpoznawanego postępowania) – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Brak złożenia dokumentów nie może być przyczyną wykluczenia wykonawcy H na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, bo to sam zamawiający niewłaściwie ocenił ofertę, a nie został wprowadzony w błąd. Dlatego zarzut drugi nie może zostać uwzględniony przez Izbę.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp – przez nieodrzućenie oferty, pomimo, że oferowana przez wykonawcę H cena była rażąco niska – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że poszczególne ceny składowe ceny ofertowej nie mogą wpływać na stwierdzenie rażąco niskiej ceny (dalej RNC) całej oferty. Dopiero wykazanie, że cała cena (lub koszt) lub przynajmniej istotna część składowa została rażąco zaniżona wtedy należy odrzucić ofertę zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Co prawda w przepisie brak jest odniesienia do istotnej części składowej ceny, ale przepis art. 90 ust. 3 Pzp należy czytać jednocześnie z art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie pojawia się pojęcie istotnych części składowych ceny. Wprowadzenie do wyliczenia art. 90 ust. 1 Pzp brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi

z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie».

Nawet całkowite pominięcie jakiś nieistotnych składników, jeżeli globalna cena nie jest rażąco niższa do innych cen czy wyliczeń szacunkowych zamawiającego nie upoważnia do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane kilkadziesiąt tysięcy różnicy w cenie wykonawcy H obejmuje istotne części składowe ceny zamówienia i kwestionowana część ceny oferty jest niższa niż kilka procent całej ceny ofertowej. Dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutu czwartego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 84 ust. 1 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp – przez zezwolenie na modyfikację treści oferty wykonawcy H w zakresie opisu oferowanego urządzenia po upływie terminu składania ofert – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykonawca H w trakcie wyjaśnień oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp może wskazywać na szczególne cechy oferty czy przedstawiać nawet nowe dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowany przedmiot wymogów zamawiającego. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp brzmi »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, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

Także zamawiający może dokonać zmian w ofercie, ale tylko zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp (w rozpoznawanej sprawie odwołujący nie wskazywał, aby zamawiający bezpodstawnie korzystał z tego przepisu).

Takich działań zamawiającego i wykonawcy H – żądanie wyjaśnień oferty przez zamawiającego i złożenie wyjaśnień przez wykonawcę H z powołaniem się na nowe udokumentowania – nie można jednak uznać za nieuprawnioną zmianę oferty. Dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu piątego.

W efekcie rozpoznania odwołania Izba uwzględniła zarzut trzeci oddalając pozostałe zarzuty i uwzględnienie zarzutu trzeciego powoduje wskazanie na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy H na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), jednak Izba nie uznała kosztów za dojazd, gdyż odwołujący nie przedstawił właściwych biletów ani rachunków za koszty dojazdu.

Przewodniczący: