

Sygn. akt: KIO 1188/21

WYROK

z dnia 11 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Marek Koleśnikow

Beata Konik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Sanito Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Bychawa z siedzibą w Bychawie;**

przy udziale wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w odwołaniu pod nr 7, dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp (względnie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp) przez zaniechanie wezwania wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Sanito Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sanito Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

3.2 zasądza od wykonawcy **Sanito Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Gmina Bychawa z siedzibą w Bychawie (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Eko-energia w gminie Bychawa - Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie gminy Bychawa - Część II zamówienia”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-628706. Wartość zamówienia jest większa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. wykonawca Sanito Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „wykonawca Sanito”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiający w toku postępowania, w tym m.in.:

- wyboru oferty wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach (dalej: „wykonawca FLEXIPOWER” lub „Przystępujący”), jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz zaniechaniem wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER jako niezgodnej z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- zaniechania wykluczenia wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania, mimo że przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
- przeprowadzenia niedopuszczalnych na etapie badania i oceny ofert negocjacji treści oferty z wykonawcą FLEXIPOWER;
- ewentualnie zaniechania wezwania wykonawcy FLEXIPOWER do złożenia wyjaśnień potwierdzających zgodność zaoferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ,
- zaniechania wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo że w świetle kryteriów oceny ofert oraz przy uwzględnieniu ofert, które spełniają wymogi określone w SIWZ, oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans

kryteriów oceny ofert, przez co powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przepisów, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ ze względu na zaoferowanie w ramach oferty urządzeń (modułów) nie spełniających parametru minimalnego tolerancji mocy, określonego w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Załącznika Nr 1 do SIWZ - „Aktualizacji dokumentacji technicznej” z października 2020 r.;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ ze względu na zaoferowanie w ramach oferty urządzeń (inwerterów) nie spełniających parametru minimalnego maksymalnej i minimalnej realnie osiąganego mocy, określonego w Zmianie nr 6 Załącznika Nr 1 do SIWZ);
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ ze względu na zaoferowanie w ramach oferty urządzeń (modułów) nie spełniających parametru minimalnego zgodności oferowanych urządzeń z normą PN-EN 61215:2017 PN-EN 61730 lub równoważną, co wynikało z postanowienia 6.3.3 ppkt a SIWZ;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ ze względu na zaoferowanie w ramach oferty urządzeń (modułów) nie spełniających parametru minimalnego posiadania przez oferowany moduł certyfikatu IEC TS 62804 poświadczającego stopień odporności wobec efektu PID, określonego, w tiret jedenaste Zmiany nr 4 Załącznika Nr 1 do SIWZ;
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji

wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

6. art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp przez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania, ze względu na przeprowadzenie między Zamawiającym a ww. wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści, w zakresie zaoferowania innych modułów (i o innych parametrach) niż określonych pierwotnie w ofercie wykonawcy FLEXIPOWER;
7. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 1-4 odwołania - naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, (względnie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp) przez zaniechanie wezwania wykonawcy FLEXIPOWER do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia, że zaoferowane urządzenia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, oraz innych zarzutów podniesionych w treści odwołania.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania a w konsekwencji o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty wykonawcy FLEXIPOWER na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz ze względu na przeprowadzenie pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej przez ww. wykonawcę oferty;
3. wykluczenie wykonawcy FLEXIPOWER z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;
4. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądań, o których mowa powyżej w zarzutach nr 1-4 odwołania wezwanie wykonawcy FLEXIPOWER do wyjaśnień w celu potwierdzenia, że zaoferowany moduł spełnia parametry minimalne określone przez Zamawiającego;
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu wykonawca Sanito podniósł, że:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - niezgodność z SIWZ polegająca na niespełnianiu przez oferowany przez wykonawcę FLEXIPOWER moduł parametru minimalnego tolerancji mocy +3% lub więcej

Odwołujący wskazał, że z treści SIWZ w pkt 2.1.2 wynika, że szczegółowe wytyczne do urządzeń znajdują się w Załączniku Nr 1 do SIWZ („Dokumentacji technicznej”) wraz z aktualizacją.

„2.1.2. Szczegółowy zakres zamówienie zawarty jest w załączniku Nr 1 do SIWZ - Dokumentacji technicznej, obejmującej projekt techniczny instalacji fotowoltaicznych o mocy 2,48-4,03 kW wraz z aktualizacją dokumentacji technicznej.

Zgodnie z treścią Zmiany nr 4 Załącznika Nr 1 do SIWZ - „Aktualizacja dokumentacji technicznej” z października 2020 r. wymagania dla modułów fotowoltaicznych zawarte w projekcie technicznym są wykreślane i zastępowane nowymi określonymi w dokumencie aktualizacji. W ramach wymogów stawianych modułów fotowoltaicznych, w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej (str. 3) znajduje się parametr minimalny tolerancji mocy, zgodnie z którym moduł fotowoltaiczny powinien posiadać tolerancję mocy o wartość +3% lub więcej:

„Zmiana nr 4

Usuwa się zapisy ze strony nr 8, charakteryzujące cechy modułów fotowoltaicznych dopuszczonych do użycia przy wykonaniu zadania i wprowadza się w ich miejsce poniższa charakterystykę cech modułów fotowoltaicznych:

Moduł fotowoltaiczny musi spełniać poniższe wymagania:

- Gwarancja producenta min 12 lat
- Moc w warunkach STC min 335Wp
- Wydajność modułu min 19,9%
- Grubość ramy nie mniejsza niż 35mm
- ilość diod bypass minimum 3
- Współczynnik temperatury Voc nie mniejszy niż -0.3%/°C
- Współczynnik temperatury Isc nie większy niż 0.05%/°C
- Współczynnik temperatury Pmax nie mniejszy niż -0.38%/°C
- Długość kabli przyłączeniowych min 1200mm każdy

- Złącza kabli kompatybilne z MC4
- Moduł musi posiadać certyfikat IEC TS 62804 poświadczający stopień odporności wobec efektu PID
- Parametr szczelności IP dla puszek przyłączeniowych modułu musi wynosić min. 68
- tolerancja mocy +3% lub więcej
- gwarancja wydajności po 10 latach minimum 90%
- gwarancja wydajności po 25 latach minimum 82%
- odporność na wiatr od czoła minimum 5 400 Pa
- odporność na wiatr od tyłu minimum 2 400 Pa
- temperatura pracy -40 do +85 °C
- datę produkcji modułu nie dalej niż 1 rok na dzień montażu
- Moduł musi posiadać certyfikat dopuszczenia do obrotu na rynku europejskim oraz posiadać certyfikaty spełnienia wymagań stawianych przez operatora sieci energetycznej odpowiedniego dla lokalizacji inwestycji.

Usuwa się również inne zapisy w opracowaniu odnoszące się do specyfikacji modułu fotowoltaicznego niezgodne z powyższą”.

Z treści tabeli nr 1 do Formularza Ofertowego wykonawcy FLEXIPOWER, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SIWZ, wynika, że wykonawca FLEXIPOWER zaoferował w postępowaniu moduł producenta Sunergy USA WORKS LLC, model SUN375-60M-H6.

Zamawiający w dniu 1.03.2021 r. wezwał wykonawcę FLEXIPOWER do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp, w tym karty katalogowej oferowanego modułu fotowoltaicznego (zgodnie z punktem 3 ppkt b wezwania z 01.03.2021 r.): „b) karty katalogowe modułów i inwerterów fotowoltaicznych podpisane przez przedstawicieli producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim, obejmujące informacje potwierdzające spełnienie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1 do SIWZ”.

Wykonawca FLEXIPOWER w dniu 12.03.2021 r. udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie załączając do niego kartę katalogową oferowanego modułu SUN375-60M-H6. Z treści złożonej karty katalogowej wynika wprost jaka jest tolerancja mocy ww. modułu, która wynosi 0-+5W, co nie spełnia warunku posiadania tolerancji mocy +3% lub więcej.

Odwołujący wskazał, że w celu sprawdzenia spełnienia warunku, podaną tolerancję przez FLEXIPOWER należy zamienić na wartość procentową zgodnie z poniższym działaniem:

$$T_p/P_{\max} * 100\%$$

gdzie:

T_p - tolerancja mocy [W]

P_{\max} - maksymalna moc modułu [W] (zgodnie z kartą katalogową jest to 375W)

$$5W/375W * 100\% = 1,33$$

Wartość 1,33% tolerancji mocy nie spełnia parametru minimalnego posiadania tolerancji +3% lub więcej, określonego w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej (str. 3).

Kolejno Odwołujący podnosił, że wykazanie odpowiedniej tolerancji mocy było również wymagane przez Zamawiającego w punkcie 3 ppkt c wezwania z dnia 1.03.2021 r. przez potwierdzenie jej sprawozdaniem z badań:

„c) sprawozdanie z badań dla oferowanych modułów fotowoltaicznych przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust 1 ustawy Pzp, potwierdzających spełnienie przez te urządzenia parametrów: moc w warunkach STC minimum 335Wp oraz tolerancja mocy minimum +3%”.

Odwołujący wyjaśnił, że do odpowiedzi z dnia 12.03.2021 r. załączone zostało sprawozdanie z badań, którego treść wskazuje, iż oferowany moduł posiada tolerancję mocy + / - 5% (str. 3 raportu z badań). Jego zdaniem z treści raportu wynika, że oferowane moduły posiadają zarówno tolerancję dodatnią jak i ujemną do 5%, co wprost wskazuje na brak spełnienia parametru minimalnego określonego w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej tj. tolerancji mocy +3% lub więcej (lub zgodnie z treścią wezwania „minimum +3%), ponieważ należy uznać, że każda wartość mniejsza niż +3% jest niezgodna z treścią SIWZ.

Wykonawca Sanito zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 26.03.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę FLEXIPOWER do złożenia wyjaśnień, które obejmowało wyjaśnienie niektórych z parametrów modułu fotowoltaicznego, lecz nie tolerancji mocy: „Przedłożone dokumenty nie potwierdzają:

1. dla modułu fotowoltaicznego:

- gwarancji producenta min. 12 lat,
- wydajności modułu min. 19,9%,
- grubości ramy nie mniejszej niż 35mm,
- daty produkcji modułu nie dalej niż 1 rok na dzień montażu,
- oficjalnego dystrybutora modułów w Polsce,
- dopuszczenia do obrotu na rynku europejskim oraz spełnienia wymagań stawianych przez operatora sieci energetycznej”.

Odwołujący podnosił, że wykonawca FLEXIPOWER w wyjaśnieniach z 2.04.2021 r. przesłał Zamawiającemu zmodyfikowaną kartę katalogową oferowanego modułu z naniesionymi zmianami wartości parametrów, które stanowiły minimalne parametry wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Nowa karta katalogowa modułu różni się od poprzedniej karty katalogowej nie tylko w zakresie parametrów opisanych w wezwaniu z 26.03.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a także przy parametrze tolerancji mocy modułu, czyli w zakresie wykraczającym poza wezwanie Zamawiającego. Odwołujący podkreślał, że wykonawca FLEXIPOWER w toku badania jego oferty przez Zamawiającego prawdopodobnie zauważył ową niezgodność z SIWZ i podjął próbę dostosowania oferowanych urządzeń do parametrów minimalnych (m.in. określonego w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej tj. tolerancji mocy +3% lub więcej) modyfikując pierwotnie złożoną kartę katalogową bez wyraźnego informowania Zamawiającego o poczynionych zmianach, gdyż nic takiego nie wynika z treści wyjaśnień z 02.04.2021 r. I tak: „w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 26.03.2021 poniżej przedstawiamy stosowne uzupełnienia.

Dla modułu fotowoltaicznego:

- gwarancja producenta 12 lat, na przedstawionej karcie katalogowej na pierwszej stronie widniała informacja: „12 letnia na produkcję”, stanowiło to informację na temat udzielonej gwarancji przez producenta na wady ukryte. Jednak w celu rozwiania wątpliwości przedstawiamy ponownie kartę katalogowa z poprawionym stwierdzeniem: „12 letnia gwarancja producenta na produkt: W karcie katalogowej znajduje się zatem informacja o 12 letniej gwarancji producenta na moduł. Dodatkowo przedstawiamy oświadczenie producenta”.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca FLEXIPOWER wykorzystując przeoczenie jednego z parametrów przez Zamawiającego próbował wykorzystać sytuację przez nieuprawnioną modyfikację treści karty katalogowej, tak aby wykazywała spełnianie

minimalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego, m.in. poprzez zmianę parametru tolerancji mocy z +5W na +3%.

Wykonawca Sanito zauważał, że parametry tolerancji mocy w zmodyfikowanej karcie katalogowej przedstawianej przez wykonawcę FLEXIPOWER są nieprawdziwe i w żaden sposób nie korelują z przedłożonym na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp raportem z badań w którym akredytowana jednostka badawcza stwierdziła tolerancję mocy oferowanego modułu jako + / - 5%.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - niezgodność z SIWZ polegająca na błędnym dopasowaniu przez wykonawcę FLEXIPOWER mocy znamionowej inwerterów do poszczególnych mocy instalacji

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie ze Zmianą nr 6 Aktualizacji dokumentacji technicznej z października 2020 r. wykreśla się poprzednie wymogi dotyczące inwerterów, a zastępuje się je nowymi, przy czym dobór mocy inwertera do poszczególnych ma się odbyć według poniższych wytycznych:

„Zmiana nr 6

Usuwa się zapisy dotyczące specyfikacji cech inwerterów fotowoltaicznych ze strony nr 9 oraz 10, zastępując te treści poniższą specyfikacją inwerterów:

Inwerter musi zostać dobrany w taki sposób aby maksymalna, realnie osiągnięta moc po stronie modułów stanowiła maksymalnie 120%, a minimalnie 100% mocy znamionowej inwertera na wyjściu po stronie prądu przemiennego, inwertery muszą spełniać poniższe wymagania”.

Z powyższego wynika że łączna moc modułów musi stanowić od 100% do 120% mocy znamionowej inwertera.

Zgodnie z treścią Formularzem Ofertowym wykonawca FLEXIPOWER zaoferował w postępowaniu następujące modele urządzeń producenta Afore: HNS2500TL-1, BNT004KTL: Natomiast z kart katalogowych złożonych w dniu 12.03.2021 r. przez wykonawcę FLEXIPOWER w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp, wynika że moce znamionowe oferowanych inwerterów to odpowiednio:

- 1) HNS2500TL-1 -2500W
- 2) BNT004KTL - 4000W

Odwołujący wskazywał, że inwerter zaoferowany przez wykonawcę FLEXIPOWER dla instalacji o mocy min. 3,1 kWp (pozycja 2 z tabeli nr 1 w Formularzu ofertowym

wykonawcy FLEXIPOWER) nie spełnia parametru minimalnego określonego w Zmianie nr 6 Aktualizacji dokumentacji technicznej z października 2020 r., wykonawca, aby osiągnąć minimalną moc instalacji musi zastosować minimalnie 9 modułów (8 modułów o mocy 375Wp daje jedynie moc 3kWp, czyli poniżej oczekiwanej). Oferując 9 modułów wykonawca FLEXIPOWER wybuduje instalację o łącznej mocy $9 \times 375\text{Wp} = 3\,375\text{ Wp}$. Oferowana moc inwertera fotowoltaicznego dla tej instalacji to 4000W. Zgodnie z określonym wymogiem moc modułów ma stanowić od 100% do 120% mocy inwertera. W celu sprawdzenia spełnienia wymogu należy obliczyć stosunek mocy modułów do mocy inwertera, zgodnie ze wzorem:

$$\mathbf{Pm/Pi * 100\%}$$

gdzie:

Pm - łączna moc modułów [W]

Pi - moc znamionowa inwertera [W]

$$\mathbf{3375/4000 * 100\% = 84,375\%}$$

Przyrównując powyższe wyliczenie do postawionego wymogu aby „realnie osiągnana moc po stronie modułów stanowiła minimalnie 100% mocy znamionowej inwertera” nie znajduje potwierdzenia, gdyż 84,375% nie spełnia wymogu min. 100%. Ponadto, inwerter zaoferowany przez wykonawcę FLEXIPOWER dla instalacji o mocy min. 3,72kWp (pozycja 3 z tabeli nr 1 w Formularzu ofertowym wykonawcy FLEXIPOWER) również nie spełnia parametru minimalnego określonego w Zmianie nr 6 Aktualizacji dokumentacji technicznej z października 2020 r. Wykonawca FLEXIPOWER, aby osiągnąć minimalną moc instalacji musi zastosować minimalnie 10 modułów (9 modułów o mocy 375Wp daje jedynie moc 3,375kWp, czyli poniżej oczekiwanej). Oferując 10 modułów wykonawca wybuduje instalację o łącznej mocy $10 \times 375\text{Wp} = 3\,750\text{ Wp}$. Oferowana moc inwertera fotowoltaicznego dla tej instalacji to 4000W. Podobnie jak powyżej, korzystając ze wzoru otrzymujemy następujący wynik:

$$\mathbf{3750/4000 * 100\% = 93,75\%}$$

Odwołujący stwierdził, że wymóg nie spełniony gdyż 93,75% jest niższe niż oczekiwana wartość minimalna 100%.

Wykonawca Sanito wskazał, że w zakresie podnoszonego zarzutu odpowiednie zastosowanie będzie miała argumentacja prawna wskazana w treści uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania.

3. Zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - niezgodność z SIWZ polegająca na nieposiadaniu przez oferowany moduł certyfikatu na normy PN-EN 61215:2017 PN-EN 61730

Wykonawca Sanito podnosił, że zgodnie z postanowieniem 6.3.3. ppkt a) SIWZ w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagaj określonych przez Zamawiającego, należało na wezwanie Zamawiającego przedstawić certyfikat zgodności z normami PN-EN 61215:2017 PN-EN 61730 lub równoważne:

„a) certyfikaty potwierdzające zgodność modułów fotowoltaicznych z normami PN-EN 61215:2017 PN-EN 61730 (lub równoważnymi) wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust 1 ustawy Pzp”.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca FLEXIPOWER w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 1.03.2021 r. przedstawił certyfikat o numerze Nr Z2 001639 0033 Rev. 02 w wersjach w języku obcym oraz w języku polskim.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, co za tym idzie odpowiednim dokumentem do weryfikacji spełnienia minimalnych parametrów oferowanych urządzeń jest wyłącznie certyfikat w języku polskim.

Kolejno wykonawca Sanito podał, że zgodnie z treścią tabeli nr 1 do Formularza Ofertowego wykonawcy FLEXIPOWER model modułu który został zaoferowany w tym postępowaniu to SUN375-60M-H6, producenta Sunergy USA WORKS LLC. Z treści tego certyfikatu przedstawionego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1.03.2021 r. nie wynika zatem, aby moduł fotowoltaiczny SUN375-60M-H6 (wskazany w Formularzu ofertowym) był objęty ww. certyfikacją. Na powyższe wskazuje fakt, że w certyfikacie znajduje się po xxx litera „P”. której nie ma w nazwie modelu podanym w Formularzu ofertowym. Zdaniem Odwołującego certyfikat w języku polskim wskazuje na to, że jest on oryginałem sporządzonym przez jednostkę certyfikującą TÜV, na co wskazuje podpis złożony na niniejszym dokumencie przez pracownika jednostki „Symbol Zhao”. Odwołujący kolejno argumentował, że certyfikat o tym samym numerze sporządzony w wersji obcojęzycznej, złożony przez wykonawcę FLEXIPOWER, różni się od oryginału w wersji w języku polskim. Podane w nim nazwy modelu modułów objętych certyfikacją różnią się od tych w języku polskim. Analogiczna sytuacja znajduje się w parze dokumentów złożonych na wezwanie

Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 1.03.2021 r., potwierdzających posiadanie przez zaoferowane moduły znaku CE. Wersja dokumentu sporządzona w języku polskim, którą należy uznać za oryginał dokumentu, gdyż została podpisana przez pracownika TUV, nie obejmuje swoim zakresem modułów zaoferowanych w niniejszym postępowaniu.

W opinii wykonawcy Sanito powyższe oba przykłady wskazują na wykonaną certyfikację na moduły inne niż te oferowane w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę FLEXIPOWER. Ponadto Odwołujący wskazywał, że powtarzająca się nieścisłość w różnych miejscach wyklucza, aby była to omyłka pracownika TUV sporządzającego dokument, a najprawdopodobniej zamierzone działanie. W zakresie podnoszonego zarzutu odpowiednie zastosowanie będzie miała argumentacja prawna wskazana w treści uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - niezgodność z SIWZ polegająca na nieposiadaniu przez oferowany przez wykonawcę FLEXIPOWER moduł certyfikatu IEC TS 62804 poświadczającego stopień odporności wobec efektu PID

Odwołujący podał, że z treści w tiret jedenaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej z października 2020 r. (str. 3) wynika, że aby uznać moduł fotowoltaiczny jako spełniający minimalne parametry oczekiwane przez Zamawiającego, powinien posiadać on certyfikat zgodnie z normą IEC TS 62804 poświadczający stopień odporności wobec efektu PID: „Moduł musi posiadać certyfikat IEC TS 62804 poświadczający stopień odporności wobec efektu PID”

Wykonawca FLEXIPOWER na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 1.03.2021 r. przedstawił kartę katalogową oferowanego modułu fotowoltaicznego. Z treści niniejszej karty zdaniem Odwołującego nie wynika, aby w którymkolwiek miejscu została zamieszczona informacja o posiadaniu odpowiedniego certyfikatu, który w szczególności potwierdzałby zgodność oferowanego modułu z normą IEC TS 62804, a także potwierdzał stopień odporności wobec efektu PID. Ponadto, żaden inny dokument składany przez wykonawcę FLEXIPOWER w toku postępowania nie zawiera żadnych informacji na temat posiadania ww. certyfikatu, a w konsekwencji spełnienia parametru minimalnego określonego w tiret jedenaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej z października 2020 r. (str. 3). W dokumentacji składanej przez FLEXIPOWER również nie znajduje się sam certyfikat, który mógłby być właściwym potwierdzeniem spełnienia warunku Zamawiającego. W zakresie podnoszonego zarzutu odpowiednie zastosowanie będzie miała argumentacja prawna wskazana w treści uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania.

Zdaniem Odwołującego wymienione powyżej niezgodności treści oferty FLEXIPOWER z postanowieniami SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny, a ponadto dotyczą niezgodności z wymaganiami jasno sprecyzowanymi w SIWZ, tym samym ziściły się wszystkie przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a brak dokonania powyższej czynności przez Zamawiającego stanowi również naruszenie ww. przepisu oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

5. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze stan faktyczny przedstawiony w ramach uzasadnienia zarzutów nr 1 i nr 3 odwołania w jego ocenie wykonawca FLEXIPOWER dopuścił się również przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzające go w błąd, co miało istotny wpływ na przebieg postępowania. Przede wszystkim kluczowe znaczenia dla przebiegu postępowania mają okoliczności wskazane w zarzucie nr 3 odwołania, ponieważ już niewielka zmiana w nazewnictwie modeli oferowanych urządzeń powoduje zaoferowanie urządzenia o innych parametrach i w konsekwencji świadczy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł również, że w odniesieniu do okoliczności podniesionych w zarzucie nr 1 Zamawiający w dniu 1.03.2021 r. wezwał wykonawcę FLEXIPOWER do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp, w tym karty katalogowej oferowanego modułu fotowoltaicznego. Przystępujący w dniu 12.03.2021 r. udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie załączając kartę katalogową oferowanego modułu SUN375-60M-H6, z której wynikało wprost, że tolerancja mocy ww. modułu, wynosi 0-+5W, co nie spełnia warunku posiadania tolerancji mocy +3% lub więcej, określonego w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej (str. 3). Powyższe wynikało również z sprawozdania z badań przedłożonego w dniu 12.03.2021 r. przez FLEXIPOWER w ramach powyższego wezwania z art. 26 ust. 1 Pzp. Tymczasem z nieuzasadnionych przyczyn wykonawca FLEXIPOWER w wyjaśnieniach z dnia 2.04.2021 r. (w odpowiedzi, na wezwanie z dnia 26.03.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, w ramach którego nie został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących kwestii tolerancji mocy zaoferowanego modułu, ani wezwany do uzupełnienia karty katalogowej czy Sprawozdania z badań zaoferowanego modułu) przesłał Zamawiającemu zmodyfikowaną kartę katalogową oferowanego modułu z naniesionymi zmianami wartości parametrów dotyczących m.in. tolerancji mocy oferowanych modułów. Nowa karta katalogowa modułu różni się od poprzedniej karty katalogowej nie tylko w zakresie parametrów opisanych w wezwaniu, a także przy parametrze tolerancji mocy modułu, czyli w zakresie wykraczającym poza wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca FLEXIPOWER w toku badania jego oferty przez Zamawiającego prawdopodobnie zauważył ową niezgodność z SIWZ i podjął próbę dostosowania się do parametrów minimalnych (m.in. określonego w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej tj. tolerancji mocy +3% lub więcej) modyfikując pierwotnie złożoną kartę katalogową, bez wyraźnego informowania Zamawiającego o poczynionych zamianach. Wykonawca FLEXIPOWER przeoczył przy tym, że powyższa niezgodność nadal wynika ze sprawozdania z badań złożonego 12.03.2021 r. na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp oraz wskazuje na powstanie sprzeczności informacji dotyczących rzeczywistej tolerancji mocy zaoferowanych urządzeń. Wykonawca FLEXIPOWER korzystając z przeoczenia przez Zamawiającego jednego z parametrów modyfikuje (najprawdopodobniej samodzielnie) treść karty katalogowej i posługuje się nią tak aby wykazywała spełnianie warunków postępowania przez zmianę parametru tolerancji mocy z +5W na +3%. Powyższe ma istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ prowadzi do nieuzasadnionego uznania, że moduły zaoferowane przez FLEXIPOWER spełniają parametr minimalny tolerancji mocy +3% lub więcej, określony w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej (str. 3).

Ponadto do wprowadzenia Zamawiającego w błąd zdaniem wykonawcy Sanito doszło również w okolicznościach przedstawionych w uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniem 6.3.3. ppkt a SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, należało na wezwanie Zamawiającego przedstawić certyfikat zgodności z normami PN-EN 61215:2017 PN-EN 61730 lub równoważnymi. Wykonawca FLEXIPOWER w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 1.03.2021 r. przedstawił certyfikat o numerze Nr Z2,001639 0033 Rev. 02 w wersjach w języku obcym oraz w języku polskim. Zdaniem wykonawcy Sanito certyfikat w języku polskim został podpisany przez pracownika jednostki certyfikującej, przez co wersje w języku polskim należy uznać za oryginał sporządzony przez jednostkę certyfikującą TUV.

Zgodnie z treścią tabeli nr 1 do Formularza Ofertowego wykonawca FLEXIPOWER zaoferował w tym postępowaniu model SUN375-60M-H6 producenta Sunergy USA WORKS LLC. Zaś z treści złożonego certyfikatu o numerze Nr Z2 001639 0033 Rev. 02 w języku polskim wynika, że certyfikacją w ramach normy 61215:2017, PN-EN 6173p lub równoważną objęte są wyłącznie modele o oznaczeniach SUN-xxxP-60M-H6. W opinii Odwołującego z powyższego nie wynika zatem, aby zaoferowany przez FLEXIPOWER moduł fotowoltaiczny SUN375-60M-H6 (wskazany w Formularzu ofertowym) był objęty niniejszą certyfikacją. Na powyższe wskazuje fakt, że w certyfikacie znajduje się po XXX litera „P”, której nie ma w nazwie modelu podanym w formularzu ofertowym. Certyfikat o tym samym numerze

sporządzony w wersji obcojęzycznej, złożony przez FLEXIPOWER, różni się od oryginału w wersji w języku polskim. Analogiczna sytuacja znajduje się w parze dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 01.03.2021 r., potwierdzających posiadanie przez moduły znaku CE. Wersja dokumentu sporządzona w języku polskim, którą należy uznać za oryginał dokumentu, gdyż została podpisana przez pracownika TUV, nie obejmuje swoim zakresem modułów zaoferowanych w tym postępowaniu. Powyższe oba przykłady - w opinii wykonawcy Sanito - wskazują na wykonaną certyfikację na moduły inne niż te oferowane przez wykonawcę FLEXIPOWER (w treści Formularza ofertowego) w prowadzonym postępowaniu.

Kolejno wykonawca odwołał się postępowania odwoławczym o sygn. akt: KIO 2025/19, KIO 2029/19, dotyczącym zbliżonego stanu faktycznego, jak również do wniosków płynących z ww. orzeczenia zapadłego powołanej sprawie jak również innych orzeczeń Izby.

6. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp

W nawiązaniu do stanu faktycznego przedstawionego w uzasadnieniu zarzutów nr 1, nr 3 oraz nr 5 odwołania, zdaniem wykonawcy Sanito doszło również do przeprowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą FLEXIPOWER negocjacji co do treści oferty, która skutkowałą niedozwoloną zmianą oferty w świetle art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Jak już podkreślił Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów nr 1, nr 3 oraz nr 5 odwołania, w toku badania i oceny ofert doszło w jego ocenie do zaoferowania modułów innych niż wskazane w treści tabeli nr 1 do Formularza ofertowego wykonawcy FLEXIPOWER. Jak podkreślił bowiem Odwołujący, w dniu 2.04.2021 r. wykonawca FLEXIPOWER (mimo braku wezwania w tym zakresie) przedłożył zmodyfikowaną kartę katalogową modułów, względem karty katalogowej złożonej w dniu 12.03.2021 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 1.03.2021 r. W zmodyfikowanej karcie katalogowej doszło do zmiany wartości tolerancji mocy zaoferowanych modułów, która to wartość tolerancji mocy stanowiła parametr minimalny, określony w tiret trzynaste Zmiany nr 4 Aktualizacji dokumentacji technicznej (str. 3).

Ponadto, zgodnie z treścią tabeli nr 1 do Formularza ofertowego FLEXIPOWER zaoferował on moduły, to SUN375-60M-H6. producenta Sunergy USA WORKS LLC. Tymczasem treść dokumentów dołączonych do wyjaśnień z dnia 2.04.2021 r. tj. certyfikatu o numerze Nr Z2 001639 0033 Rev. 02 w języku polskim sugeruje, że FLEXIPOWER zaoferowało ostatecznie inne modele modułów niż wskazane w Formularzu ofertowym {ww. certyfikat dotyczy modułów SUN-xxxP-60M-H6, zawierających dodatkową literę „P” w nazwie modelu, co jednoznacznie wskazuje na całkowicie inny " model niż wskazany w Formularzu ofertowym SUN375-60M-H6. Zdaniem Odwołującego w ten sposób doszło do naruszenia

art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp, z którego wynika, że niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w tym przepisie, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Odwołującego wykonawca FLEXIPOWER nie był uprawniony do zmiany zaoferowanego modułu, gdyż oferowany moduł kształtuje treść zobowiązania FLEXIPOWER, w związku z czym niedopuszczalna była jego zmiana w toku postępowania. W przeciwnym wypadku za dopuszczalną należałoby uznać praktykę, w której wykonawca mógłby zmieniać oferowane urządzenia składające się na treść zobowiązania, co mogłoby przykładowo doprowadzić do zaoferowania urządzeń droższych, które nie mieściłyby się w cenie pierwotnej oferty FLEXIPOWER, co w sposób oczywisty naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego należało zauważyć, że przez negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień można rozumieć np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Prowadziłoby to bowiem do wprowadzenia do oferty nowego elementu, nieznajdującego się w niej pierwotnie. Niedozwolone będą wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie. Przez pojęcie wyjaśniania oferty nie można rozumieć możliwości uzupełniania dokumentów.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający akceptując treść dokumentów złożonych przez wykonawcę FLEXIPOWER w dniu 12.03.2021 r, oraz w dniu 2.04.2021 r., zgodził się na dokonanie zmiany treści pierwotnej oferty w zakresie zaoferowanych przez ww. wykonawcę modułów, co skutkowało przeprowadzeniem niedopuszczalnych na tym etapie postępowania negocjacji dotyczących istotnej treści oferty. W okolicznościach sprawy doszło zatem do naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy.

7. Zarzut ewentualny naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp (względnie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp)

Odwołujący wskazał, że wszelkie uchybienia dotyczące badania i oceny oferty wykonawcy FLEXIPOWER, które zostały opisane w zarzutach nr 1-4 odwołania, tj. w zakresie odnoszącym się do zaoferowanego przez wykonawcę FLEXIPOWER urządzeń niezgodnych z postanowieniami SIWZ i nie spełniających parametrów minimalnych określonych w Aktualizacji dokumentacji technicznej z października 2020 r., powinny co najmniej wywołać wątpliwości Zamawiającego uzasadniające wezwanie wykonawcy FLEXIPOWER o dalsze wyjaśnienia i dokumenty.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że opisane w zarzutach nr 1-4 odwołania niezgodności stanowią podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER, Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy FLEXIPOWER do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanych urządzeń w zakresie wątpliwości podniesionych w uzasadnieniu zarzutów nr 1-4 odwołania. W szczególności w zakresie stanu faktycznego opisanego w ramach uzasadnienia zarzutu nr 2 odwołania Odwołujący wskazywał, że Zamawiający powinien wezwać ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ile modułów zaoferował - dla każdej z instalacji wyszczególnionych w Formularzu ofertowym na okoliczność weryfikacji wymogu postawionego w Zmianie nr 6 Aktualizacji dokumentacji technicznej, przy jednoczesnym wezwaniu do przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów związanych z budową każdej instalacji w celu wykazania czy wyszczególnione kwoty w Formularzu ofertowym są wystarczające do realizacji zadania, a także wykazania różnic wynikających z cen oferowanych instalacji.

Natomiast w nawiązaniu do okoliczności wskazanych w uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania, Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający który jest zobowiązany do przestrzegania przepisów Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie tj. weryfikować zgodność złożonych dokumentów przedmiotowych i podmiotowych z dokumentacją postępowania wyłącznie przez weryfikację dokumentów przedmiotowych i podmiotowych złożonych w języku polskim, powinien wezwać wykonawcę FLEXIPOWER do wyjaśnień złożonych dokumentów, które nie potwierdzają spełnianie wymogów dokumentacji przetargowej.

Odwołujący stwierdził, że uwzględniając okoliczności podniesione powyżej uzasadnieniu zarzutów nr 1-4 odwołania, Zamawiający powinien co najmniej powziąć wątpliwości co do spełniania przez zaoferowany przez wykonawcę FLEXIPOWER urządzenia wymagań określonych w dokumentacji postępowania, w szczególności Aktualizacji dokumentacji technicznej z października 2020 r. Mając na uwadze fakt, że wątpliwości co do zgodności oferowanych przez wykonawcę FLEXIPOWER urządzeń z postanowieniami SIWZ powstały na podstawie dokumentów przedmiotowych, złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp oraz z art. 26 ust. 3 Pzp, Odwołujący wskazywał, że z uwagi na zaniechanie wezwania o wyjaśnienia w powyższym zakresie względnie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp. Odwołujący stwierdził, że co prawda do wezwania o złożenie dokumentów i wyjaśnień doszło na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp oraz z art. 26 ust. 3 Pzp niemniej jednak wątpliwości dotyczą informacji zawartych w dokumentach przedmiotowych stanowiących szeroko rozumianą ofertę, w związku z powyższym wezwaniem o złożenie wyjaśnień mogło względnie nastąpić na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

8. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FLEXIPOWER był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom Pzp, w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w niniejszym odwołaniu argumenty przesądzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy FLEXIPOWER na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wykluczenia wykonawcy FLEXIPOWER na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności.

Pismem z dnia 2 czerwca 2021 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron i Przystępującego wykonawcy FLEXIPOWER złożył oświadczenie o wniesieniu sprzeciwu do zarzutów zawartych w odwołaniu w wyjątkiem zarzutu wskazanego i opisanego w pkt 7 odwołania, który dotyczył naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp (względnie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp) przez zaniechanie wezwania wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia, że zaoferowane urządzenia spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Przystępujący potwierdził w swojej wypowiedzi, że w zakresie wskazanym przez Odwołującego względem jego oferty występują wątpliwości, które można usunąć przy zastosowaniu procedury wskazanej przez Odwołującego w pkt 7 odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505

ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) zwanej dalej: „NPzp” - według którego środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Następnie Izba wskazuje, że uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu przy braku sprzeciwu - w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 7 odwołania - ze strony wykonawcy FLEXIPOWER, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, obligowało Izbę do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego, co zostało odzwierciedlone w pkt 1 sentencji wyroku. W aspekcie powyższego Izba merytorycznie rozpoznała pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Według 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, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że 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;

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Analiza zarzutów zawartych w odwołaniu doprowadziła Izbę do przekonania, że nie zasługują one na uwzględnienie. Za przyjęciem takiego stanowiska przez Izbę przemawiają następujące argumenty.

1. Ad zarzutów wskazanych w pkt 1, 5 i 6 odwołania - niezgodność z SIWZ polegająca na niespełnieniu przez oferowany przez wykonawcę FLEXIPOWER moduł parametru minimalnego tolerancji mocy +3% lub więcej

Pomiędzy Odwołującym a Przystępującym nie było sporne, że Zamawiający w zakresie oferowanych modułów postawił wymóg dotyczący tolerancji mocy na poziomie +3% lub więcej, co zostało szczegółowo zreferowane w treści odwołania i przytoczone powyżej. Strony były również zgodne co do tego, że w pierwotnej karcie katalogowej oferowanego przez Przystępującego modułu SUN375-60M-H6 podano informację, z której wynikało wprost, że tolerancja mocy ww. modułu, wynosi $0\pm 5W$.

Izba ustaliła, że w raporcie technicznym z badań (wersja obcojęzyczna) złożonym w 12 marca 2021 r. przez FLEXIPOWER w ramach wezwania zgodnego z art. 26 ust. 1 Pzp w zakresie tolerancji podano parametr w górnej granicy $\pm 5\%$. Odwołujący i Przystępujący nie kwestionowali również okoliczności związanych z tym, że Przystępujący na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w innym zakresie złożył nową kartę katalogowa modułu SUN375-60M-H6, która posiadała inne dane dotyczące parametru tolerancji mocy modułu niż te wskazane pierwotnie, tj. $0\pm 3\%$.

W omawianym zakresie Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Wskazać należy, że informacje dotyczące parametru tolerancji zawarte zarówno w pierwotnie złożonych dokumentach, jak również w tych złożonych w uzupełnieniu, budzą wątpliwości nie mniej jednak nie można mówić o tym, że są to informacje nieprawdziwe. Przyjęcie takiego stanowiska już przesądza o niemożności uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zwrócenia uwagi wymaga, że informacja o tolerancji mocy na poziomie $\pm 5\%$ pojawiła się wraz z pierwotnie złożonymi dokumentami (raport techniczny) a zatem nie sposób uznać, że wykonawca dopiero w złożonej powtórnie karcie katalogowej zawarł parametr spełniający wymagania Zamawiającego, bo za taki należy uznać parametr +5%, który zgodnie z treścią raportu technicznego jest możliwy do osiągnięcia przez zaoferowane urządzenie. Tym samym nie można mówić o tym, aby doszło do zmiany treści oferty oraz niedozwolonych negocjacji między Zamawiającym a Przystępującym. Zatem na kanwie powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp a tym bardziej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba stwierdza, że wątpliwości opisane w tym zakresie w odwołaniu powinny zostać wyjaśnione przez Zamawiającego, co oznacza, że obecnie nie sposób przypisać Zamawiającemu zaniechania polegającego na odrzuceniu oferty Przystępującego.

Wyjaśnienie ww. okoliczności Zamawiający jest obowiązany przeprowadzić w zw. z umorzeniem przez Izbę postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości przy braku sprzeciwu ze strony Przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcy FLEXIPOWER, wobec uwzględnienia zarzutu nr 7, który wskazywał na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzutów od 1-4.

2. Ad zarzutów wskazanych w pkt 3, 5 i 6 odwołania - niezgodność z SIWZ polegająca na błędnym dopasowaniu przez wykonawcę FLEXIPOWER mocy znamionowej inwerterów do poszczególnych mocy instalacji

Izba ustaliła, że wykonawca FLEXIPOWER w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 1 Pzp przedstawił certyfikat o numerze Nr Z2001639 0033 Rev. 02 w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język polski. W treści tłumaczenia w języku w polskim występuje różnica względem wersji oryginalnej w odniesieniu do oznaczenia modułu polegająca na dodaniu litery „P”. Tłumaczenie w wersji polskiej opatrzone stwierdzeniem „tłumaczenie własne”.

Izba uznała za chybioną argumentację Odwołującego, że dokument złożony przez Przystępującego w języku polskim należy traktować jako wersję polską certyfikatu Nr Z2001639 0033 Rev. 02, a nie jego tłumaczenie z uwagi na zawarte na tym dokumencie oznaczenie „Symbol Zhao”. Po pierwsze Izba wskazuje, że dokument w wersji obcojęzycznej został opatrzone podpisem elektronicznym, którego brak jest na dokumencie tłumaczenia certyfikatu. Po drugie, Izba zwraca uwagę, że z treści przedstawionego tłumaczenia wynika, że zostało ono sporządzone przez nieprofesjonalistę, zapewne przez samego wykonawcę na co wskazuje adnotacja „tłumaczenie własne” a nie przez tłumacza przysięgłego, który w takiej sytuacji zapewne dokonałby adnotacji w zakresie wskazywanego symbolu Zhao. Natomiast z doświadczenia życiowego Izby wynika, że wykonawcy chcąc wiernie odwzorować treść tłumaczonego dokumentu na co wskazuje, również treść i struktura tłumaczenia przedstawionego przez Przystępującego, zwykle w sposób nieprofesjonalny dokonują tłumaczenia tego rodzaju elementów dokumentów.

Izba podziela zapatrywanie Odwołującego zasadzające się na stwierdzeniu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w języku polskim nie mniej jednak zwrócenia uwagi wymaga, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą składać w toku postępowania dokumenty obcojęzyczne. W takim

przypadku istotnym jest, aby wraz z tego typu dokumentem wykonawcy przedstawili tłumaczenie danego dokumentu na język polski. Przystępujący taki dokument złożył z tym, że różni się on od dokumentu źródłowego w języku obcym w oznaczeniu produktu w ten sposób, że zawiera oznaczenie „P”. Co istotne, w rozpoznawanym stanie faktycznym mamy do czynienia z rozbieżnością, między dokumentem oryginalnym a jego tłumaczeniem, którą widać na „pierwszy rzut oka”, bowiem wystarczającym jest porównanie oznaczeń symboli produktów wskazanych w certyfikacie oraz w jego tłumaczeniu. W kontekście powyższego Izba uznała, że nie można mówić o tym, iż informacja podana w certyfikacie jest informacją nieprawdziwą, a co najwyżej o tym, że w tym przypadku występują wątpliwości co do treści jego tłumaczenia, które w ocenie Izby powinny być wyjaśnione przez Zamawiającego.

Ponadto Izba zwraca uwagę na obowiązek dowodowy zgodnie z art. 6 k.c. występujący po stronie Odwołującego, który w omawianym zakresie poza własnymi stwierdzeniami nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby na ich słuszność. Tym samym z braku dowodów Izba uznała je za gołosłowne.

Izba dokonała również analizy orzeczenia, na które powoływał się w tym zakresie Odwołujący (Sygn. akt KIO 2025/19 i KIO 2029/19), i stwierdziła, że zapadło ono w odmiennym stanie faktycznym. Tym samym wnioski płynące z tego orzeczenia nie mogą być wprost przekładane na stan faktyczny rozpoznawanej sprawy.

Z tych względów Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

3. Ad zarzut 2 i 4 odwołania – niezgodność z SIWZ polegająca na: błędnym dopasowaniu przez wykonawcę FLEXIPOWER mocy znamionowej inwerterów do poszczególnych mocy instalacji oraz na nieposiadaniu przez oferowany przez wykonawcę FLEXIPOWER moduł certyfikatu IEC TS 62804 poświadczającego stopień odporności wobec efektu PID

Stan faktyczny w zakresie omawianych zarzutów został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Izba stwierdziła, że okoliczności podniesione przez Odwołującego mogą budzić wątpliwości, czy to w zakresie liczby przyjętych modułów w zakresie spełnienia wymagania

Zamawiającego dotyczącego łącznej mocy modułów w przedziale 100% do 120% mocy znamionowej inwertera, czy też zakresu certyfikatu poświadczającego stopień odporności wobec efektu PID. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w toku rozprawy przed Izba nie mogą jednak zastępować wyjaśnień, które powinny być złożone Zamawiającemu jako podmiotowi prowadzącemu postępowanie i który powinien je przyjąć i ocenić. W tym zakresie Izba prezentuje analogiczne stanowisko jak wyrażone powyżej, zasadzające się na tym, że w takiej sytuacji nie sposób stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, polegające na odrzuceniu oferty Przystępującego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości przy braku sprzeciwu Przystępującego w tym zakresie, zobowiązany jest wykonać czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Oznacza to, że Zamawiający, po uprzednim unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, będzie jeszcze obowiązany wezwać wykonawcę FLEXIPOWER do wyjaśnień.

Natomiast Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego, że Przystępujący zobowiązany był przedłożyć certyfikat poświadczający stopień odporności wobec efektu PID. Obowiązek taki nie wynika wprost z SIWZ i nie sposób go wywieść nawet pośrednio z jej treści na co wskazywał wykonawca Sanito w swojej argumentacji przedstawionej podczas rozprawy. Izba stoi na stanowisku, że postanowienia specyfikacji obligowały wykonawców jedynie do tego, aby oferowane przez nich urządzenia posiadały taki certyfikat IEC TS 62804 poświadczający stopień odporności wobec efektu PID posiadały.

Z tych względów Izba oddaliła odwołanie nie dopatrywszy się naruszenia przepisów Pzp wskazanych w treści odwołania. Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1188/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 18 600 zł (na którą składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenie pełnomocnika Przystępującego) - obciążyla Odwołującego jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....