

WYROK
z dnia 3 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8, 19 i 29 czerwca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2020 r. przez wykonawcę

Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających:

Gminę Gromnik, Gminę Skrzyszów, Gminę Lisia Góra, Gminę Żabno, Gminę Tarnów, Gminę Wierzchosławice, Gminę Zakliczyn, Gminę Ryglice, Gminę Ciężkowice, Gminę Tuchów, Gminę Niepołomice, Gminę Wieliczka, Gminę Myślenice, Gminę Gdów, Gminę Biskupice, Gminę Kłaj, Gminę Jodłownik, Gminę Rabka-Zdrój, Gminę Gołcza, Gminę Bukowno, Gminę Klucze, Gminę Krzeszowice, Gminę Olkusz, Gminę Wolbrom, Gminę Trzyciąż, Gminę Charsznica, Gminę Miechów, Gminę Słaboszów, Gminę Raclawice, Gminę Kozłów, Gminę Książ Wielki, w imieniu których działa Gmina Gromnik – pełnomocnik wyznaczony na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, która na podstawie art. 15 ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych powierzyła prowadzenie postępowania podmiotowi trzeciemu: **Stowarzyszenie Zielony Pierścień Tarnowa z siedzibą w Skrzyszowie**

przy udziale wykonawców:

A. Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie,
B. ML System Spółka akcyjna z siedzibą w Zaczerniu

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiających

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Skorut Systemy Solarne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,**
2. **uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ML System Spółka akcyjna i nakazuje Zamawiającym:**
 - 2.1. **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie: Subregionu Tarnowskiego – w części A, Subregionu Wielickiego – w części A, Subregionu Olkuskiego – w części A i Subregionu Miechowskiego – w części A,**
 - 2.2. **powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie: Subregionu Tarnowskiego – w części A, Subregionu Wielickiego – w części A, Subregionu Olkuskiego – w części A i Subregionu Miechowskiego – w części A,**
 - 2.3. **odrzucenie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – ofert złożonych przez wykonawców Hymon Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ML System Spółka akcyjna w zakresie: Subregionu Tarnowskiego – w części A, Subregionu Wielickiego – w części A, Subregionu Olkuskiego – w części A i Subregionu Miechowskiego – w części A,**
3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
4. **kosztami postępowania obciąża Zamawiających i:**
 - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
 - 4.2. **zasądza od Zamawiających na rzecz wykonawcy Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 596/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Gromnik, Gmina Skrzyszów, Gmina Lisia Góra, Gmina Żabno, Gmina Tarnów, Gmina Wierzchosławice, Gmina Zakliczyn, Gmina Ryglice, Gmina Ciężkowice, Gmina Tuchów, Gmina Niepołomice, Gmina Wieliczka, Gmina Myślenice, Gmina Gdów, Gmina Biskupice, Gmina Kłaj, Gmina Jodłownik, Gmina Rabka-Zdrój, Gmina Gołcza, Gmina Bukowno, Gmina Klucze, Gmina Krzeszowice, Gmina Olkusz, Gmina Wolbrom, Gmina Trzyciąż, Gmina Charsznica, Gmina Miechów, Gmina Słaboszów, Gmina Raclawice, Gmina Kozłów, Gmina Książ Wielki, w imieniu których działa Gmina Gromnik – pełnomocnik wyznaczony na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, która na podstawie art. 15 ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych powierzyła prowadzenie postępowania podmiotowi trzeciemu: Stowarzyszenie Zielony Pierścień Tarnowa – zwani dalej „Zamawiającym” – prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE – zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. *EKSPORTERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI* z podziałem na części w ramach subregionów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 6 sierpnia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 150-368527. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Sanito Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia postępowania w zakresie Subregionu Tarnowskiego część A, Subregionu Wielickiego część A, Subregionu Olkuskiego część A, Subregionu Miechowskiego część A, w zakresie:

1. dokonania wyboru oferty Hymon Energy Sp. z o.o. w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów jako najkorzystniejszej, co miało miejsce w związku z niezgodnym z prawem zaniechaniem odrzucenia oferty tego wykonawcy,

2. zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A., Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. z powodu ich niezgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów, w których wykonawcy ci złożyli oferty (o braku odrzucenia których Odwołujący dowiedział z informacji Zamawiającego o ponownym wyborze najkorzystniejszej ofert z 9 marca 2020 r.),

3. zaniechania wykluczenia wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., pomimo że wprowadzili Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w zakresie maksymalnej mocy znamionowej zaoferowanych przez nich inwerterów, w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów, w których składali oferty,

4. przeprowadzenia z wykonawcami Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji dotyczących złożonych przez tych wykonawców ofert w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów, w których wykonawcy ci złożyli ofertę, w zakresie zaoferowania innych inwerterów niż określonych w ofercie pierwotnie złożonej przed upływem terminu składania ofert, skutkujących doprowadzeniem do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowania innych inwerterów niż określonych w ofercie pierwotnie złożonej przed upływem terminu składania ofert,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.:

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Hymon Energy Sp. z o.o. w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów jako najkorzystniejszej w zakresie zamówienia, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów, w których wykonawcy ci złożyli oferty, jako niezgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na zaoferowanie w ofertach inwerterów, których moc znamionowa przekracza wartość określoną w punkcie 2.2. „Opis rozwiązania” załącznika nr 8A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Dokumentacja techniczna”, tj. przekracza wartość maksymalną 17,5 kW,

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., pomimo że wprowadzili Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w zakresie maksymalnej mocy znamionowej zaoferowanych przez nich inwerterów w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów, w których składali oferty,

5. art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie z ww. wykonawcami niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji dotyczących treści złożonych przez nich ofert w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów, w których ww. wykonawcy składali oferty, i doprowadzenie do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowania innych inwerterów niż określonych w ofercie pierwotnie złożonej przed upływem terminu składania ofert,

„oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Hymon Energy Sp. z o.o. w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. odrzucenia ofert wykonawców: Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. w odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów, w których wykonawcy ci złożyli oferty, jako niezgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. wykluczenia wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik sprawy,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w częściach A poszczególnych Subregionów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w punkcie 2.2. „Opis rozwiązania” załącznika nr 8A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Dokumentacja techniczna” Zamawiający postawił wymóg minimalnych zestawów fotowoltaicznych, aby zastosowane zostały inwertery o mocy znamionowej od minimum 1,5 kW do maksimum 17,5 kW. To wymaganie specyfikacji zostało potwierdzone i przesądzone jako bezwzględnie obowiązujące w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 stycznia 2020 r. sygn. KIO 2631/19.

Oferty wykonawców: Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. zawierają niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące punktu 2.2. Dokumentacji technicznej, które powinny skutkować odrzuceniem ofert ww. wykonawców z postępowania. W ofertach zaoferowane zostały bowiem inwertery, których moc znamionowa przekracza dopuszczone przez Zamawiającego 17,5 kW.

Wykonawca Hymon Energy Sp. z o.o. w ramach swojej oferty dotyczącej subregionów: Tarnowskiego (lp.: 42, 43, 44, 45), Wielickiego (lp.: 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 60, 61, 62, 63, 64), Olkuskiego (lp.: 19, 20, 50) oraz Miechowskiego (lp.: 18, 19, 64, 65) zaoferował inwertery o nazwach Sofar Solar 20000TL-G2, Sofar Solar 25000TL-G2, Sofar Solar 30000TL-G2, Sofar Solar 33000TL-G2, Sofar Solar 36000TL. Wszystkie te inwertery mają moc znamionową większą niż 17,5 kW, a zgodnie z punktem 2.2. Dokumentacji technicznej zastosować należy inwertery o mocy od 1,5 kW do 17,5 kW.

Hymon Energy Sp. z o.o. w pozycjach z mocą 39,2 kW zastosował inwerter o mocy 36 kW (lub też VA), podczas gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia wyraźnie wskazywała, że trzeba dobrać ich 2 sztuki; analogicznie we wszystkich pozostałych pozycjach należało zaoferować po 2 sztuki inwerterów o mocach nie przekraczających 17,5 kW. Powyższe potwierdzają karty katalogowe ww. inwerterów, przekazane Zamawiającemu przez Odwołującego w ramach poprzedniego postępowania odwoławczego, w których określono dokładną moc zaoferowanych inwerterów. Ponadto w pozycjach z mocą 39,2 kW zastosował inwerter o mocy 36 kW (lub też VA), a dokumentacja wyraźnie wskazywała, że trzeba dobrać ich 2 sztuki. Analogicznie należało zrozumieć we wszystkich pozostałych pozycjach – należało zaoferować po 2 sztuki inwerterów o mocach nie przekraczających 17,5 kW. Biorąc pod uwagę, iż koszt inwertera stanowi znaczną część wartości zestawu, konieczność zastosowania w przypadku każdej instalacji po dwa inwertery wiąże się ze znacznym obciążeniem cenowym. W związku z powyższym pod wątpliwość należało poddać również rzetelność informacji w zakresie ilości koniecznych do zastosowania inwerterów i ceny całkowitej brutto zamówienia.

Jednostkowe dopuszczenie 2x20 kW inwerterów dla instalacji 39,2 kW zawarto w odpowiedzi na pytanie nr 2 z 7.10.2019 r., co jednak nie świadczy o dowolności doboru we wszystkich pozycjach wymaganych przez Zamawiającego.

Wykonawca ML System S.A. – zarzut analogiczny do zarzutu opisanego dla Hymon Energy Sp. z o.o., z tym że w przedmiotowym przypadku zaoferowano, w instalacjach powyżej 17,5 kW, dwa różne inwertery (zaoferowane modele Fronius to SYMO 20.0-3-M), które mają moc znamionową 20 kW, więc powyżej 17,5kW, a Zamawiający wymagał 17,5 kW, co stanowi niezgodność ze specyfikacją. Pozycje w formularzu cenowym: Subregion Tarnowski lp. 43, Subregion Wielicki lp. 23, 24, 25, 26, 28, 60, 61, 62; Subregion Olkuski lp. 19; Subregion Miechowski lp. 64.

Wykonawca Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. w ramach swojej oferty zaproponował inwerter PJ-25KTL-DT, który posiada moc znamionową o wartości 25 kW lub też 27,5 kVA – jest on niezgodny z wymogiem, że inwertery mają posiadać moc od 1,5 kW do 17,5 kW.

Mimo powyższych niezgodności Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 12 grudnia 2019 r. uznał, że oferty ww. wykonawców nie powinny podlegać wyjaśnieniu, a następnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym 23 grudnia 2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym wskazał, że „na wypadek zastosowania przez poszczególnych wykonawców argumentacji, że w przypadku inwerterów o mocy znamionowej powyżej 17,5 kW moc ta może zostać ograniczona do wartości poniżej 17,5 kW za pomocą oprogramowania inwertera, należy podkreślić, że samo obniżenie będzie prowadziło do obniżenia mocy funkcjonalnej, tymczasem Zamawiający wymagał, aby zaoferowane inwertery posiadały moc konstrukcyjną (pierwotną) nie wyższą niż 17,5 kW. W związku z powyższym pochodne zmniejszenie mocy funkcjonalnej nie będzie miało wpływu na wartość mocy konstrukcyjnej (spełniającej minimalne wymogi określone przez Zamawiającego), określonej pierwotnie dla danego urządzenia”.

Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie 6. ppkt 6.2, 6.3, 6.4 i 6.5 sentencji wyroku z 29 stycznia 2020 r., sygn. KIO 2631/19 zobowiązała Zamawiającego do wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wszystkich ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień, jaka jest rzeczywista moc znamionowa zaoferowanych przez ww. wykonawców inwerterów (falowników).

W świetle treści ww. wyroku, odnoszącego się do wymogu zaoferowania inwertera o mocy znamionowej nieprzekraczającej 17,5 kW Izba na str. 110-111 stwierdziła wyraźnie, iż: „ww. wymóg jest jednoznaczny, nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców w drodze odwołania, ma zatem charakter wiążący dla wykonawców i na taki jego charakter nie ma wpływu to, na jakim etapie przygotowywania inwestycji został sporządzony. (...) Wobec niezgodności informacji pochodzących z przedłożonej przez odwołującego karty katalogowej z wymogiem siwz, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Hymon do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanej przez oferowane przez niego falowniki mocy znamionowej. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu zastosowanie w tym przypadku art. 87 ust. 1

ustawy Pzp. Zarzut odwołania potwierdził się.” W analogiczny sposób Izba odniosła się również do treści oferty ML SYSTEM S.A. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o.

Zamawiający pismami z 24 lutego 2020 r. wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, formułując treść wezwania w sposób następujący: „Na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy PZP, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu SIWZ, aby moc ta wynosiła max. 17,5 kW? Wyjaśnienia dotyczą wszystkich falowników w złożonej przez Państwa ofercie na Część A w poszczególnych Subregionach”.

9 marca 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach A poszczególnych subregionów. Z przekazanego zawiadomienia wynikało, że uznał wyjaśnienia wszystkich wezwanych wykonawców i nie odrzucił ich ofert, jednak, zdaniem Odwołującego, złożone przez wykonawców wyjaśnienia i dokumenty nie tylko nie potwierdziły uczynienia zadość wymaganiom punktu 2.2. Dokumentacji technicznej, ale również wskazują na zmianę ofert po ich złożeniu. Ponadto sposób, w jaki przeprowadzone zostały wyjaśnienia, wskazuje nie tylko na popełnienie dalszych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również niezrealizowanie przez Zamawiającego postanowień wiążącego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że na podstawie punktu 6. ppkt 6.2, 6.3, 6.4 i 6.5 sentencji wyroku KIO 2631/19 Zamawiający został zobowiązany do wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców: Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. oraz Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, jaka jest rzeczywista moc znamionowa zaoferowanych przez ww. wykonawców inwerterów (falowników). Jak wynika z uzasadnienia wyroku, powyższy obowiązek został nałożony na Zamawiającego ze względu na wątpliwości co do faktu, czy zaoferowane przez ww. wykonawców inwertery mają moc znamionową mieszczącą się w zakresie określonym w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej. W związku z powyższym obowiązek wezwania do wyjaśnień miał na celu precyzyjne i konkretne wykazanie, że moc znamionowa zaoferowanych pierwotnie w ofertach inwerterów nie przekracza 17,5 kW oraz że wykonawcy na etapie wyjaśnień nie zaoferują innych inwerterów niż pierwotnie określone. Tymczasem wyjaśnienia i dokumenty udzielone przez poszczególnych wykonawców albo stanowiły wymijającą i manipulacyjną odpowiedź nie potwierdzającą spełnienia wymogu z punktu 2.2. Dokumentacji technicznej, albo w rzeczywistości stanowią zmianę treści oferty i zaoferowanie innych inwerterów niż wskazane pierwotnie w ofertach.

Niewykazanie przez ww. wykonawców spełniania parametru powinno skutkować odrzuceniem ofert ww. wykonawców jako niezgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tymczasem Zamawiający, zaniechawszy odrzucenia ofert, dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zaniechania odrzucenia oferty Hymon Energy Sp. z o.o.: w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca, w piśmie z 28 lutego 2020 r., przedstawił tabelę z zestawieniem zaoferowanych inwerterów wraz ze wskazaniem ich mocy znamionowej: 1100TL – 1500 W, 1600TL – 1550 W, 2200TL – 2100 W, 3.3KTL-X – 3000 W, 4.4KTL-X – 4000 W, 5.5KTL-X – 5000 W, 6.6KTL-X – 6000 W, 8.8KTL-X – 8000 W, 11KTL-X – 9000 W, 12KTL-X – 12000 W, 15000TL – 15000 W, 20000TL-G2 – 17500 W, 25000TL-G2 – 17500 W, 30000TL-G2 – 17500 W, 33000TL-G2 – 17500 W, 36000TL – 17500 W oraz wskazał, że: „Wszystkie inwertery zostały dobrane na podstawie wymogów Zamawiającego sprecyzowanych w SIWZ i posiadają moc znamionową max. od 1500W do 17500W. Ilość falowników będzie dopasowana odpowiednio do mocy instalacji”. Na potwierdzenie powyższego załączył do wyjaśnień deklarację producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r., w której zawarta została ww. tabela poszczególnych modeli inwerterów z określeniem ich mocy znamionowych oraz oświadczenie producenta, iż inwertery będą miały moc znamionową od 1500 W do 17500 W.

W opinii Odwołującego w powyższym zakresie doszło do przedstawienia Zamawiającemu niezgodnego z prawdą oświadczenia producenta oraz do nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie inwerterów zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu w porównaniu do inwerterów określonych w pierwotnej ofercie. Ponadto, skoro Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia, iż Hymon Energy Sp. z o.o. zaoferował inne niż pierwotnie zaoferowane inwertery, doszło również do naruszenia zakazu prowadzenia między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Zdaniem Odwołującego producent nie jest w stanie zmienić parametrów konkretnego typu inwertera. Moc znamionowa jest wartością stałą, niezmienną, gdyż urządzenie zostało konstrukcyjnie przewidziane na taką, a nie inną moc. Tak jak zostało to już wyjaśnione w odwołaniu 23 grudnia 2019 r. oraz w toku postępowania przed KIO w sprawie KIO 2631/19 inwerter fotowoltaiczny może pracować na różnym poziomie mocy wyjściowej, od 0 W do jego mocy znamionowej. Istnieje możliwość nałożenia na oprogramowaniu blokady, która ograniczy moc wyjściową do poziomu maksymalnie 17,5 kW, lecz jest to ograniczenie jedynie funkcjonalne urządzenia, niezmienna pozostanie jego konstrukcja, która jest przewidziana na jego moc znamionową np. 36 kW (36000 W). Należy podkreślić wynikające z powyższego rozróżnienie mocy znamionowej (konstrukcyjnej) i mocy wyjściowej urządzenia.

Ze wszystkich dokumentów zgromadzonych w sprawie wynika, iż inwertery wskazane pierwotnie w ofercie posiadały i posiadają moc znamionową wyższą niż dopuszczona

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Producent i wykonawca zamierzali i mogli ograniczać jedynie ich moc wyjściową.

W odniesieniu do deklaracji producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. Odwołujący wskazał, że falowniki o nazwach: 20000TL-G2, 25000TL-G2, 30000TL-G2, 33000TL-G2, 36000TL, zgodnie z deklaracją producenta z 27 lutego 2020 r. będą posiadały „maksymalną moc znamionową” 17500 W. Tymczasem urządzenia tego typu obecne dotychczas na rynku (wprowadzane do obrotu) posiadały i posiadają następujące moce znamionowe: 20000TL – G2 – 20000W, 25000TL-G2 – 25000W, 30000TL-G2 – 30000W, 33000TL-G2 – 33000W, 36000TL – 36000W. Deklaracja Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. zawiera liczne rozbieżności w stosunku do poprzednich deklaracji, które były składane przez tego wykonawcę na poprzednie wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. oświadczenia Sofar Solar z 2 grudnia 2019 r. oraz z 29 listopada 2019 r., jak również oświadczeniem Hymon Energy Sp. z o.o. z 4 grudnia 2019 r.

W deklaracji Sofar Solar z 29 listopada 2019 r. oraz z 2 grudnia 2019 r. wskazana została możliwość regulowania mocą czynną inwerterów o nazwie 3.3KTL-X – 12KTL-X, oraz maksymalną mocą wyjściową 11KTL-X. Możliwość regulowania mocy czynnej inwerterów nie dotyczy parametru mocy znamionowej, lecz innego, wymienionego w karcie katalogowej obok mocy znamionowej, tj. maksymalna moc wyjściowa. Sofar Solar wydał takie oświadczenie ze względu na wymóg dokumentacji przetargowej, aby inwertery dla instalacji poniżej 10 kW posiadały moc wyjściową 3-9 kVA. Tymczasem w deklaracji z 27 lutego 2020 r. producent zmienił zdanie i zadeklarował, że inwerter o modelu 11KTL-X będzie posiadał maksymalną moc znamionową równą 9 kW (zmiana nazwy parametru i jednostki). Zatem wykonawca podejmuje próbę manipulacji parametrami urządzenia, dowolnie wedle uznania, bez żadnych konsekwencji jego działań. Zmiana prowadzi do próby negocjacji treści oferty, gdyż zgodnie z zasadą nazewnictwa urządzeń Sofar Solar nazwa dla inwertera o mocy znamionowej 9 kW powinna być 9KTL-X, a nie, jak zaoferowane, 11KTL-X.

Do próby zmiany treści oferty doszło również w zakresie inwertera 1100TL, który zgodnie z deklaracją Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. posiada moc znamionową 1500 W. Zgodnie z kartą katalogową przesłaną przez producenta Sofar Solar moc znamionowa tego urządzenia wynosi 1000 W. Producent dwukrotnie deklarował w oświadczeniach z 2 grudnia 2019 r. oraz 29 listopada 2019 r., że możliwość regulacji mocy (funkcjonalnej, nie konstrukcyjnej) jest możliwa w zakresie od 0% do 100%. Tymczasem producent deklaruje, że urządzenie będzie posiadało 150% mocy znamionowej, która jest zapisana w karcie katalogowej. Wraz ze zmianą mocy znamionowej powinna się zmienić również nazwa tego inwertera, tj. na 1500TL, co wskazuje na próbę negocjacji treści oferty, a także na to, że takim urządzeniem wykonawca nie ma prawa się posłużyć do realizacji niniejszego zamówienia. Zmiana parametru mocy na wyższy jest niemożliwa, gdyż certyfikacja dla tego urządzenia stałaby się nieważna.

Zatem pierwotnie zaoferowane inwertery nie spełniają wymogów określonych w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej, a deklaracja producenta Sofar Solar nie może stanowić wiarygodnego dowodu uprawdopodobniającego spełnienie przez oferowane inwertery ww. wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Już w trakcie postępowania KIO 2631/19 zostało wykazane, że parametru maksymalnej mocy wyjściowej nie można utożsamiać z parametrem mocy znamionowej, który nie może ulec zmianie poprzez dokonanie regulacji inwertera. W związku z powyższym do zmiany maksymalnej mocy znamionowej mogłoby dojść wyłącznie poprzez zaoferowanie innego typu inwertera. Deklaracji producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. na temat mocy znamionowej wskazanych urządzeń nie można uznać za wiarygodną, tj. albo ww. oświadczenie jest wprost nieprawdziwe, albo dochodzi w tym przypadku do zmiany treści oferty (zmiany urządzeń, które były oferowane na inne urządzenia). Zatem deklaracja ta, ze względu na jej sprzeczność z pozostałymi dowodami zebranymi w postępowaniu, nie mogła stanowić wiarygodnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym inwertery takie, jak wskazane w deklaracji z 27 lutego 2020 r. nie istnieją – istnieją jedynie inwertery opisane w ofercie Hymon Energy Sp. z o.o. Inwertery o mocach wskazanych w ww. deklaracji nie mogą również zostać wyprodukowane i wprowadzone na rynek pod taką nazwą, jak została podana w ofercie.

Co do zaniechania odrzucenia oferty ML System S.A.: w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca, pismem z 27 lutego 2020 r. wyjaśnił, „że falownik model SYMO 20.0-3-M, zgodnie z załączonym do wyjaśnień oświadczeniem producenta tj.: Fronius International GmbH, może zostać zakwalifikowany jako falownik o mocy znamionowej 17,5 kW, czyli zgodny z wymaganiami SIWZ” oraz załączył do swojego pisma oświadczenie przedstawiciela producenta z 25 lutego 2020 r. wystawione przez Sales Managera producenta Fronius, w którym wskazano, że: „model SYMO 20.0-3-M może być zakwalifikowany jako falownik z niższą mocą znamionową niż wynikająca z oznaczenia. Możliwość ograniczenia mocy wyjściowej jest niewątpliwą zaletą falownika i pozwala na lepsze zoptymalizowanie pracy instalacji fotowoltaicznej”.

Zgodnie z oświadczeniem przedstawiciela producenta z 25 lutego 2020 r. falownik SYMO 20.0-3-M posiada możliwość ograniczenia mocy wyjściowej, co dotyczy innego parametru niż wymagany przez Zamawiającego, tj. mocy znamionowej. Różnice pomiędzy tymi mocami zostały przedstawione w zarzucie dotyczącym wykonawcy Hymon Energy Sp. z o.o., a powołana tam argumentacja z uzasadnienia znajduje analogiczne zastosowanie również do ML System S.A. W oświadczeniu z dnia 25 lutego 2020 r. wskazane zostało, że w związku z możliwością regulacji mocy falownik może zostać zakwalifikowany jako falownik z niższą mocą znamionową. Jak w przypadku inwerterów Sofar Solar, tak i tutaj nie jest to

prawdą, gdyż moc znamionowa dla urządzeń jest jedna i nie podlega ona zmianom, nawet jeśli ustawi się na oprogramowaniu niższe wartości mocy wyjściowej z inwertera. Powyższe potwierdza korespondencja mailowa z producentem Fronius z 31 stycznia 2020 r.

Z powyższego wynika, że pierwotnie zaoferowane przez ML System S.A. inwertery nie spełniają wymogów określonych w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej, a oświadczenie z 25 lutego 2020 r. nie uprawdopodobnia spełnienia przez oferowane inwertery ww. wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Już w trakcie postępowania KIO 2631/19 zostało wykazane, że parametru maksymalnej mocy wyjściowej nie można utożsamiać z parametrem mocy znamionowej, który nie może ulec zmianie poprzez dokonanie regulacji inwertera. W związku z powyższym do zmiany maksymalnej mocy znamionowej mogłoby dojść wyłącznie poprzez zaoferowanie innego typu inwertera.

W ocenie Odwołującego ML System S.A. nie przedstawił żadnych innych argumentów na potwierdzenie spełnienia przez zaoferowane inwertery wymogów z punktu 2.2. Dokumentacji technicznej i nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, co powinno skutkować stwierdzeniem niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej odrzuceniem. Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty, przez co dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zaniechania odrzucenia oferty Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o.: w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca, pismem z 28 lutego 2020 r. wyjaśnił, że „zapropozowane rozwiązania są równoważne do postawionych zapisów i spełniają wszystkie parametry techniczne opisane dokumentacją techniczną. Wykonawca w swoim doborze oparł się o zapisy dokumentacji, zakładające, że proponowany przez Zamawiającego dobór jest przykładowy, a zawsze możliwe jest stosowanie produktów równoważnych o takich samych lub lepszych parametrach. Proponowane w ofercie falowniki odpowiadały wymaganiom i zapewniłyby w pełni funkcjonalność instalacji”.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym. Zamawiający, zgodnie z punktem 2.2. Dokumentacji technicznej, wyraźnie wymagał inwerterów o mocy znamionowej do 17,5 kW.

Ponieważ wykonawca nie przedstawił żadnych innych argumentów na potwierdzenie spełnienia przez zaoferowane inwertery wymogów z punktu 2.2. Dokumentacji technicznej, nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, co w konsekwencji powinno skutkować stwierdzeniem niezgodności oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzuceniem ww. wykonawcy z postępowania. Ponieważ Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty, dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że zarzut ten podniósł z ostrożności, na wypadek złożenia przez tego wykonawcę odwołania na czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało wniesione wobec nowych czynności podjętych przez Zamawiającego po wydaniu wyroku z 29 stycznia 2020 r., w związku z powyższym nie zachodzi żadna z przesłanek odrzucenia odwołania określona w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W sprawie pojawiły się nowe okoliczności związane z wyjaśnieniami udzielonymi na wezwanie Zamawiającego z 24 lutego 2020 r.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że deklaracja producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. zawiera informacje sprzeczne z oświadczeniami Sofar Solar z 02 grudnia 2019 r. i z 29 listopada 2019 r. oraz oświadczeniem Hymon Energy Sp. z o.o. z 4 grudnia 2019 r., co wskazuje, że producent Sofar Solar wystawił na rzecz Hymon Energy Sp. z o.o. oświadczenie niezgodne z rzeczywistymi parametrami zaoferowanych przez wykonawcę urządzeń, na co wskazuje niezgodność tego oświadczenia zarówno z kartami katalogowymi zaoferowanych urządzeń, jak i wcześniejszymi oświadczeniami samego producenta. Ponadto, jak zostało rozstrzygnięte w postępowaniu KIO 2631/19, nie mogło dojść do regulacji inwerterów w zakresie maksymalnej mocy znamionowej.

W związku z powyższym w okolicznościach sprawy doszło również bezsprzecznie do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Hymon Energy Sp. z o.o., składając Zamawiającemu deklarację producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. niezgodną z rzeczywistymi parametrami zaoferowanych inwerterów wprowadził Zamawiającego w błąd mający istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, tj. wybór oferty jako najkorzystniejszej w części A poszczególnych subregionów. Zamawiający, mimo wyraźnego wystąpienia powyższych podstaw wykluczenia, nie unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w poszczególnych subregionach części A oraz zaniechał wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Również wyjaśnienia wykonawców ML System S.A. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. zmierzają do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do rzeczywistych wartości mocy znamionowych oferowanych przez nich urządzeń i spełniania wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

Niedozwolone działanie mające wpłynąć na wynik postępowania stanowi podstawę do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. *Ratio legis* art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu i w każdym przypadku skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Dla

uznania, że wykonawca jest winny wprowadzenia zamawiającego w błąd wystarczająca jest wina najłżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa, choć działanie umyślne, jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu.

Nie ma znaczenia, że deklaracja producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. została wystawiona przez producenta Sofar Solar, a nie samego wykonawcę Hymon Energy Sp. z o.o., gdyż została wystawiona na prośbę wykonawcy oraz na potrzeby przedmiotowego postępowania, w związku z czym ww. wykonawca jako profesjonalista powinien zweryfikować rzetelność informacji przedstawionych przez producenta, zwłaszcza że były one sprzeczne z informacjami poprzednio udzielanymi przez producenta i samego wykonawcę.

Zamawiający, zaniechawszy czynności wykluczenia ww. wykonawców dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od intencji, jakimi kierowali się wykonawcy przy podawaniu nieprawdziwych informacji dotyczących przedmiotu ich ofert.

Co do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji dotyczących złożonych ofert i w konsekwencji zmiany ich treści Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. doszło również do niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji dotyczących złożonych ofert, ponieważ dopuszczenie zmiany inwerterów zaoferowanych i podanych w ofercie, a więc modeli charakteryzujących się określonymi mocami znamionowymi niezgodnymi ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na urządzenia o innych mocach znamionowych – już zgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – jest w rzeczywistości zmianą treści ofert po ich złożeniu.

Przez negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień można rozumieć np. wprowadzanie 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. Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być podstawą do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu. Wyjaśnienie treści ofert nie może prowadzić także do zmian w treści złożonej oferty, ustawa nie pozwala bowiem wykonawcy już po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty. Zasadniczo więc wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany oferty, a jedynie do wyjaśnienia wątpliwości, które powziął Zamawiający w niniejszej sprawie, które wynikają z treści zarzutu rozpatrzonego i rozstrzygniętego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Wobec udzielenia przez wykonawcę Hymon Energy Sp. z o.o. wyjaśnień nieczyniących zadość obowiązkowi rozwiania wątpliwości określonych w wyroku z 29 stycznia 2020 r., oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał też, że w przypadku uznania przez Izbę, iż w związku ze sprzecznością wyjaśnień Hymon Energy Sp. z o.o. z 28 lutego 2020 r. z pozostałą dokumentacją postępowania, Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający naruszył powyższy przepis ze względu na zaniechanie wezwania wykonawcy Hymon Energy Sp. z o.o. do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących rzeczywistej maksymalnej mocy znamionowej zaoferowanych inwerterów ze względu na sprzeczność informacji podanych w wyjaśnieniach z 28 lutego 2020 r. z informacjami zawartymi w dokumentacji postępowania oraz w wiadomości mailowej od producenta Sofar Solar z 2 maja 2020 r. Zamawiający bowiem nie tylko może, ale i powinien, ustalić, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy, a oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem Zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, mimo literalnego brzmienia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający powinien wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień za każdym razem, gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do zgodności treści oferty z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Hymon Energy Sp. z o.o. odpowiednich częściach A poszczególnych Subregionów jako najkorzystniejszej Odwołujący wskazał, że – w związku z podniesionymi zarzutami – wybór tej oferty jako najkorzystniejszej był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie i zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający oświadczył, iż popiera stanowiska Przystępujących, a w szczególności wniosek o oddalenie odwołania jako wniesionego po terminie oraz z powodu powoływania się na te same okoliczności, które już były przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie KIO

2631/19, a także ze względu na to, że odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego, które były precyzyjnym odzwierciedleniem nakazów z wyroku KIO 2631/19.

W zakresie oferty wykonawcy Hymon Energy Sp. z o.o. wskazał, że wezwał tego wykonawcę do wyjaśnień zgodnie z przywołanym wyrokiem, a wykonawca ten przesłał wyjaśnienia wraz z deklaracją producenta, że oferowane falowniki mają moc max. 17 500 W. Otrzymując takie wyjaśnienia Zamawiający zrealizował nakazane mu przez Izbę czynności i nie miał podstaw do uznania, że oferta nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie oferty ML System S.A. Zamawiający wskazał, że podziela stanowisko tego wykonawcy zaprezentowane w piśmie procesowym z 21 kwietnia 2020 r., a Odwołujący nie udowadnia zarzutów dotyczących nieprawidłowego doboru inwerterów, przedstawiając jedynie swoje twierdzenia.

W zakresie oferty Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. stwierdził, że oferta ta została odrzucona, a odrzucenie nie zostało zakwestionowane przez wykonawcę, zatem rozpoznawanie zarzutów odwołania w tym zakresie jest bezprzedmiotowe.

Podczas rozprawy Zamawiający podkreślił, że dokonany przez niego wybór był wyborem prawidłowym. Zamawiający, realizując nakaz Izby, wezwał wykonawców do wyjaśnień i otrzymał wyjaśnienia wraz z oświadczeniami producentów. To, jego zdaniem, powinno zamknąć sprawę. Wszystkie dokumenty wykonawcy przestawili podczas rozprawy, ale Zamawiającemu nie można w związku z tym postawić zarzutu co do nieprawidłowości jego czynności. Zamawiający nie prowadził żadnych negocjacji, tylko wniósł o udzielenie wyjaśnień, na co pozyskał wyjaśnienia przystępującego Hymon Energy Sp. z o.o. poparte oświadczeniem producenta. Z dokumentów przedstawionych podczas rozprawy wynika – ze strony Przystępującego, że inwerter jest, a ze strony Odwołującego – że takiego inwertera nie ma. Zatem, skoro producent twierdzi, że jest, to Zamawiający powinien wybrać wykonawcę i dopilnować podczas wykonywania zamówienia.

Podniósł, iż są dwie firmy skwalifikowane wyżej od Odwołującego, a zarzut dotyczący firmy ML System S.A. dotyczy falownika, co do którego Zamawiający dopuścił moc 20 kW i kwestia ta – że jest to 20 kW – nie jest sporna. Zatem Odwołujący nie jest w stanie uzyskać zamówienia. Zauważa, że w stosunku do ML System S.A. nie ma zarzutu zmiany nazwy modelu. To, że nazwy nie powinny być mylące, jest tylko sugestią i dobrą praktyką.

III Stanowisko przystępującego Hymon Energy Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Hymon Energy Sp. z o.o.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie:

1. art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia Odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej

staranności mógł powziąć wiadomość już z pierwotnego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu, które Zamawiający przekazał wykonawcom 12 grudnia 2019 r.,

2. art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania, wniesionego przez tego samego Odwołującego, tj. na okoliczności, które zostały podniesione w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 23 grudnia 2019 r., któremu nadano sygn. akt KIO 2631/19, rozstrzygniętym wyrokiem Izby z 29 stycznia 2020 r., sygn. KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2623/19, KIO 2629/19, KIO 2631/19,

3. art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem ww. odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z 29 stycznia 2020 r.

W ocenie Przystępującego każdy z zarzutów sformułowanych w odwołaniu podlega odrzuceniu w oparciu o co najmniej jedną z ww. podstaw.

Gdyby Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, Przystępujący wniósł o:

- a) pominięcie przez Izbę tych zarzutów, które podlegają odrzuceniu na którejkolwiek z podstaw wskazanych powyżej
- b) oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów dotyczących Przystępującego i jego oferty ze względu na ich bezzasadność;
- c) ewentualnie, o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów dotyczących Przystępującego i jego oferty ze względu na ich bezzasadność.

Odwołanie sformułowane zostało w sposób chaotyczny i w wielu miejscach zdawkowy. W wielu przypadkach Przystępujący nie jest w stanie stwierdzić, czy dany fragment uzasadnienia odwołania stanowi przedstawienie historycznego stanu sprawy, tj. sprzed wyroku z 29 stycznia 2020 r., którego nakazy Zamawiający wykonał, czy jest to wskazanie okoliczności faktycznych mających dowodzić naruszenia prawa przez Zamawiającego, czyli postawienie zarzutu. Podobnie Przystępujący nie jest w stanie w wielu przypadkach stwierdzić, jaka okoliczność faktyczna kryje się za zdawkowymi sformułowaniami, jakimi posłużył się Odwołujący w odwołaniu. W ocenie Przystępującego taki sposób sformułowania odwołania jest efektem świadomego postępowania Odwołującego, który konkretne okoliczności faktyczne, mające wskazywać na naruszenie przepisów prawa przez Zamawiającego, chce podać dopiero na rozprawie, bez możliwości przygotowania się przez Zamawiającego i Przystępującego.

W związku z powyższym Przystępujący, na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, wniósł o pominięcie przez Izbę wszystkich dodatkowych okoliczności faktycznych mających dowodzić naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego, których Odwołujący nie powołał w odwołaniu.

Zarzut dotyczący zaoferowania przez Przystępującego w szeregu pozycji rzekomo jednego inwertera zamiast wymaganych dwóch inwerterów (jeżeli przyjąć, że mamy tutaj do czynienia z zarzutem), jest chybiony i bezpodstawny. Wszelkie twierdzenia Odwołującego co do liczby inwerterów zaoferowanej dla poszczególnych typów instalacji fotowoltaicznych opierają się wyłącznie na domniemaniach i przypuszczeniach Odwołującego, a nie na faktycznej treści oferty Przystępującego, Zamawiający nie wymagał bowiem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby w ofercie podać liczbę inwerterów oferowanych dla poszczególnych typów instalacji fotowoltaicznych, a jedynie producenta i modelu oferowanego modułu fotowoltaicznego i falownika oraz podania ilości modułów fotowoltaicznych w instalacji. Odpowiednio do powyższego Przystępujący wskazał w swojej ofercie producenta i typy/modele oferowanych falowników, natomiast nie wskazał liczby falowników oferowanych dla poszczególnych typów instalacji fotowoltaicznych. Również nakazane w wyroku z 29 stycznia 2020 r. wyjaśnienia treści oferty Przystępującego nie dotyczyły liczby falowników, lecz wyłącznie mocy znamionowej falowników.

Zaoferowana przez Przystępującego liczba inwerterów została dostosowana do mocy poszczególnych typów instalacji fotowoltaicznych i wszędzie tam, gdzie będzie to konieczne, zastosowane zostaną dwa falowniki.

Z powyższych względów za bezprzedmiotowe i chybione uznać należy wywody Odwołującego dotyczące kosztów inwertera, obciążenia cenowego wynikającego z konieczności zastosowania dwóch inwerterów, czy rzetelności informacji w zakresie ilości koniecznych do zastosowania inwerterów i ceny całkowitej brutto zamówienia. W cenie oferty Przystępujący uwzględnił koszty wszystkich falowników niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że jest inaczej, a nawet nie sformułował zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień ceny.

Odwołujący podniósł, że: „Złożone przez wykonawców Hymon, ML System oraz Skorut wyjaśnienia i dokumenty nie tylko w żaden sposób nie potwierdziły uczynienia zadość wymaganiom punktu 2.2. Dokumentacji technicznej stanowiącej Załącznik 8A do SIWZ, ale również wskazują na zmianę ofert po ich złożeniu. Ponadto, sposób w jaki przeprowadzone zostały wyjaśnienia wskazuje nie tylko na popełnienie dalszych naruszeń przepisów ustawy Pzp, ale również niezrealizowanie przez Zamawiającego postanowień wiążącego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.” Biorąc pod uwagę zdawkowość oraz ogólnikowość powyższego stwierdzenia oraz brak wskazania w nim jakichkolwiek konkretnych okoliczności faktycznych Przystępujący może mu jedynie zaprzeczyć i oświadczyć, że złożone przez niego wyjaśnienia i dokumenty jak najbardziej potwierdziły spełnienie ww. wymagań i w żaden sposób nie zmieniły oferty Przystępującego, który oferuje Zamawiającemu te same falowniki, co przed złożeniem wyjaśnień. Sposób, w jaki przeprowadzone zostały wyjaśnienia, nie naruszył jakiegokolwiek przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych,

a Zamawiający nakazy zawarte w wyroku wypełnił. Izba nie nakazała wykazania czegokolwiek, lecz jedynie złożenie wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falowników w świetle wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby moc ta wynosiła maksymalnie 17,5 kW. Izba nie sformułowała żadnych dalej idących nakazów czy obowiązków ani wobec Zamawiającego, ani wobec Przystępującego. Uczynienie zadość wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miało polegać na wykazaniu przez Przystępującego, że zaoferowane inwertery spełniają wymogi określone w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej. Zatem to, że w ocenie Odwołującego Przystępujący powyższego nie wykazał, nie stanowi jakiegokolwiek nowej okoliczności, a zwłaszcza podstawy do stwierdzenia, że kwestionowane czynności Zamawiającego zostały wykonane niezgodnie z treścią ww. wyroku Izby. Jeżeli Odwołujący uważa, że Przystępujący powinien zostać zobowiązany w ww. wyroku Izby do wykazania, że zaoferowane przez niego inwertery spełniają wymogi określone w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej, oraz że na etapie wyjaśnień nie oferuje innych inwerterów niż pierwotnie określone, to mógł i powinien w ustawowym terminie wnieść skargę na wyrok, domagając się innego sformułowania sentencji wyroku.

Odwołujący podniósł również, że „wyjaśnienia i dokumenty udzielone przez poszczególnych wykonawców albo stanowiły wymijającą i manipulacyjną odpowiedź nie potwierdzającą spełnienia wymogu z punktu 2.2. Dokumentacji technicznej albo w rzeczywistości stanowią zmianę treści oferty i zaoferowanie innych inwerterów niż wskazane pierwotnie w ofertach”. Biorąc pod uwagę ogólnikowość powyższego stwierdzenia Przystępujący może mu jedynie zaprzeczyć i wskazać, że złożone przez niego wyjaśnienia nie były wymijające, nie stanowiły manipulacji ani zmiany treści oferty i zaoferowania innych inwerterów niż wskazane pierwotnie w ofercie, a złożone wyjaśnienia i dokumenty potwierdziły spełnienie wymagań punktu 2.2. Dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik 8A do specyfikacji.

Przystępujący zaprzeczył też twierdzeniu, że w wyjaśnieniach złożonych 28 lutego 2020 r. doszło do przedstawienia Zamawiającemu niezgodnego z prawdą oświadczenia producenta oraz do nieuprawnionej zmiany treści oferty w porównaniu do inwerterów określonych w pierwotnej ofercie i naruszenia zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Wszystkie zaoferowane falowniki Sofar Solar spełniają wymagania Zamawiającego i będą miały maksymalną moc znamionową od 1500 W do 17500 W, tak jak to wskazano w wyjaśnieniach Przystępującego z 28 lutego 2020 r.

Po publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący skontaktował się bezpośrednio z producentem falowników Sofar Solar, tj. z Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd., której przekazał informacje dotyczące wymaganych parametrów dla falowników. W toku analizy wymagań Zamawiającego producent stwierdził, że dotychczasowe moce znamionowe niektórych z produkowanych przez niego falowników, które Przystępujący chciał zaoferować

w niniejszym postępowaniu, nie spełniają wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie mieszczą się w przedziale mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5 kW, dlatego podjął decyzję o modyfikacji mocy znamionowej w niektórych produkowanych modelach falowników (inwerter Sofar Solar – Moc znamionowa po zmianie): 1100TL – 1500 W, 11KTL-X – 9000 W, 20000TL-G2 – 17500 W, 25000TL-G2 – 17500 W, 30000TL-G2 – 17500 W, 33000TL-G2 – 17500 W, 36000TL – 17500 W. Te modele falowników ze zmodyfikowaną mocą znamionową zostały zaoferowane Przystępującemu przez Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd 14 października 2019 r. w celu zaoferowania ich w przedmiotowym postępowaniu i są aktualnie dostępne w ofercie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. Przystępujący otrzymał ofertę 14 października 2019 r, z falownikami przypisanymi do danej mocy instalacji i te właśnie falowniki zaoferował Zamawiającemu. Oferta Przystępującego zatem od samego początku obejmowała ww. modele falowników ze zmodyfikowaną mocą znamionową. Naturalną i automatyczną konsekwencją modyfikacji mocy znamionowej falownika jest zmiana jego: mocy maksymalnej AC, maksymalnego prądu wyjściowego AC, sprawności maksymalnej i sprawności europejskiej, dlatego odpowiednio do powyższego w ww. modelach falowników ze zmodyfikowaną mocą znamionową zmianie uległy również ww. parametry. W celu uzyskania mocy znamionowej 1500 W w przypadku modelu falownika 1100TL konieczna była zmiana parametru zakres napięcia dla pełnej mocy MPPT oraz parametru zalecana maksymalna moc wejściowa. Po zmianie parametry te wynoszą odpowiednio: 155-380V oraz 1995 W. Model falownika 1100TL ze zmienionymi parametrami został zaoferowany Przystępującemu 14 października 2019 r. w celu zaoferowania go w przedmiotowym postępowaniu i jest aktualnie dostępny w ofercie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd.

Przystępujący nie zaoferował Zamawiającemu żadnej specjalnej ani dedykowanej wersji ww. modeli falowników, lecz ich standardowe wersje, z tym zastrzeżeniem, że co do tych standardowych wersji modeli falowników ich producent podjął decyzję o modyfikacji mocy znamionowej, a w przypadku modelu falownika 1100TL dodatkowo o zmianie parametrów: zakres napięcia dla pełnej mocy MPPT oraz zalecana maksymalna moc wejściowa. Dlatego aktualnie dostępne w ofercie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd ww. modele falowników posiadają ww. zmodyfikowane moce znamionowe. Powyższa decyzja i sposób postępowania producenta falowników były prawidłowe i w pełni dopuszczalne. Nie ma bowiem żadnych przeszkód, aby producent dostosował swoje produkty do potrzeb i oczekiwań swoich klientów, a zwłaszcza, aby w tym celu zmodyfikował niektóre parametry tych produktów. Modyfikacja mocy znamionowej w ww. modelach falowników nie narażała ich producentowi żadnych trudności i nie wymagała jakiegokolwiek ingerencji w fizyczną budowę falowników, polegała bowiem wyłącznie na dokonaniu odpowiednich zmian na poziomie oprogramowania falowników, tj. na zainstalowaniu nowego oprogramowania. Ponadto konstrukcja

produkowanych modeli falowników nie jest przewidziana tylko na jedną, konkretną i niezmienną moc znamionową, lecz zakłada możliwość modyfikacji mocy znamionowej na poziomie oprogramowania falowników. Analogicznie rzecz się ma ze zmianą parametrów zakres napięcia dla pełnej mocy MPPT oraz zalecana maksymalna moc wejściowa w modelu falownika 1100TL. Również w tym wypadku niezbędna modyfikacja nie nastroczała producentowi żadnych trudności i nie wymagała ingerencji w fizyczną budowę falownika, i polegała wyłącznie na dokonaniu odpowiednich zmian na poziomie oprogramowania. Ponadto konstrukcja produkowanego modelu falownika 1100TL nie jest przewidziana tylko na jeden, konkretny i niezmienny zakres napięcia dla pełnej mocy MPPT, nie jest też przewidziana tylko na jedną, konkretną i niezmienną zalecaną maksymalną moc wejściową, lecz zakłada możliwość modyfikacji obu ww. parametrów na poziomie oprogramowania falownika.

Na potwierdzenie powyższego Przystępujący przedstawił oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 26 maja 2020 r. i otrzymaną przez Przystępującego ofertę Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 14 października 2019 r.

Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że producent nie jest w stanie zmienić parametrów konkretnego typu inwertera, lecz nie wiadomo, z czego powyższe stanowisko wynika. Producenci inwerterów mogą zmienić parametry konkretnego typu inwertera oraz faktycznie je zmieniają, choćby ze względu na np. udoskonalanie produktu. Producenci mają swobodę w decydowaniu o parametrach produkowanych przez siebie inwerterów, co potwierdza oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 26 maja 2020 r. Uprawienie i możliwość zmiany parametrów konkretnego typu inwertera przez jego producenta są oczywiste i wynikają z samego faktu bycia producentem.

Odwołujący podniósł, że moc znamionowa jest wartością stałą, niezmienną, gdyż urządzenie zostało konstrukcyjnie przewidziane na taką, a nie inną moc. Z tym twierdzeniem nie sposób się zgodzić. W przypadku falowników Sofar Solar nieprawdziwe jest twierdzenie, że dany falownik został konstrukcyjnie przewidziany na taką, a nie inną moc znamionową. Modyfikacja mocy znamionowej w modelach falowników produkowanych przez Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd polegała wyłącznie na dokonaniu odpowiednich zmian na poziomie oprogramowania falowników. Z tych samych względów nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby moc znamionowa falowników była mocą „konstrukcyjną” falowników, tj. mocą, na którą urządzenie zostało „konstrukcyjnie przewidziane”. Odwołujący forsuje tutaj własną definicję mocy znamionowej, nie mając do tego podstaw. Pojęcie mocy znamionowej nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności Zamawiający nie wskazał, że przez moc znamionową falowników rozumieć należy moc „konstrukcyjną” falowników. Zgodnie z definicją zamieszczoną w Wikipedii moc znamionowa to „wartość znamionowa mocy, przy

której urządzenie pracuje prawidłowo i zgodnie z normami lub zaleceniami producenta”. Moc znamionowa falowników nie ma zatem nic wspólnego z mocą „konstrukcyjną” falowników. Na potwierdzenie Przystępujący przedstawił oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 26 maja 2020 r. Wbrew sugestiom Odwołującego Izba w wyroku z 29 stycznia 2020 r. nie podzieliła jego stanowiska co do rozumienia mocy znamionowej falownika jako mocy „konstrukcyjnej”.

Odwołujący podniósł, że ze wszystkich dokumentów zgromadzonych w sprawie wynika, iż inwertery oferowane przez Hymon Energy Sp. z o.o. (wskazane pierwotnie w ofercie) posiadały i posiadają moc znamionową wyższą niż dopuszczona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz Przystępujący nie wie i z odwołania nie może się dowiedzieć jakie „dokumenty zgromadzone w sprawie” ma na myśli Odwołujący. Z wyroku z 29 stycznia 2020 r. Izba oparła się wyłącznie na jednym dokumencie, tj. na karcie katalogowej dla części oferowanych przez Przystępującego falowników. Żadnych innych dowodów dotyczących mocy znamionowej oferowanych przez Przystępującego falowników Odwołujący nie przedstawił ani na etapie poprzedniego postępowania odwoławczego, ani obecnie. Ww. karta katalogowa została pobrana przez Odwołującego ze strony internetowej producenta falowników, a do informacji znalezionych w Internecie należy podchodzić z bardzo dużą ostrożnością, nawet jeśli są to informacje zamieszczone na stronie internetowej producenta, gdyż mogą być nieaktualne, nieścisłe, niepełne czy błędne. W orzecznictwie już dawno przesądzono, że informacje pochodzące ze stron internetowych nie mogą być podstawą uznania twierdzeń o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia za zasadne i udowodnione. Powyższym informacjom przeczą też wyjaśnienia Przystępującego z 28 lutego 2020 r. Zatem już z powyższych względów zarzuty Odwołującego dotyczące mocy znamionowej zaoferowanych przez Przystępującego falowników ocenić należy nie tylko jako bezpodstawne, ale przede wszystkim nieudowodnione.

Jak bowiem wynika z punktu 16. oświadczenia Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 26 maja 2020 r. informacje i dokumenty dotyczące modeli falowników nie zostały zaktualizowane po zmianie mocy znamionowej w niektórych modelach falowników w październiku 2019 r. i nie uwzględniają zmodyfikowanych modeli falowników aktualnie produkowanych i dostępnych w ofercie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. Ponadto w ww. oświadczeniu producent ostrzega, że informacje o parametrach falowników dostępne na stronach internetowych mogą być nieprawidłowe lub niedokładne i w celu uzyskania informacji na temat parametrów falowników aktualnie produkowanych i dostępnych w ofercie konieczny jest kontakt z upoważnionym przedstawicielem Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd.

Uprzedzając ewentualną kontrargumentację Odwołującego, że za zmianą mocy znamionowej powinna nastąpić aktualizacja informacji i dokumentów dostępnych na stronach internetowych producenta, Przystępujący wskazał, że w chińskim sektorze prywatnym brak jest ustawowych

regulacji w zakresie minimalnego poziomu informacji, jakie winny zawierać strony internetowe, jak też co do częstotliwości ich aktualizowania. Przesądżające znaczenie przyznać zatem należy dowodom w postaci pisemnego i konkretnego oświadczenia producenta, jakie Przystępujący załączył do wyjaśnień z 28 lutego 2020 r., w którym producent jasno i wyraźnie potwierdził, jakie moce znamionowe będą miały inwertery zaoferowane przez Przystępującego.

Odwołujący podniósł, że producent i wykonawca zamierzali i mogli ograniczać jedynie moc wyjściową falowników. Z tym twierdzeniem nie sposób się zgodzić z powodów wskazanych powyżej, co potwierdza oświadczenie producenta z 26 maja 2020 r. oraz otrzymana przez Przystępującego oferta z 14 października 2019 r.

Odwołujący sformułował również szereg zastrzeżeń wobec deklaracji producenta falowników z 27 lutego 2020 r., załączonej do wyjaśnień Przystępującego z 28 lutego 2020 r. Odwołujący wskazał, że falowniki o nazwach 20000TL-G2, 25000TL-G2, 30000TL-G2, 33000TL-G2, 36000TL, zgodnie z deklaracją producenta z 27 lutego 2020 r. będą posiadały „maksymalną moc znamionową” 17500 W. Tymczasem urządzenia tego typu obecne dotychczas na rynku (wprowadzane do obrotu) posiadały i posiadają następujące moce znamionowe: 20000TL-G2 – 20000 W, 25000TL-G2 – 25000 W, 30000TL-G2 – 30000 W, 33000TL-G2 – 33000 W, 36000TL – 36000 W”. Z tym twierdzeniem Odwołującego można się zgodzić tylko co do tego, że ww. urządzenia obecne dotychczas na rynku (dotychczas wprowadzone do obrotu) posiadały ww. moce znamionowe. Tak faktycznie było do października 2019 r., kiedy to Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd, po ustaleniach z Przystępującym, podjął decyzję o modyfikacji mocy znamionowej w niektórych produkowanych modelach falowników, wskazanych powyżej. Tak zmodyfikowane modele falowników zostały zaoferowane Przystępującemu 14 października 2019 r. w celu zaoferowania ich w przedmiotowym postępowaniu i są aktualnie dostępne w ofercie producenta. O tym, jaką moc znamionową posiadały i posiadają falowniki zaoferowane przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, jednoznacznie rozstrzyga oświadczenie producenta z 26 maja 2020 r., otrzymana przez Przystępującego oferta producenta z 14 października 2019 r. oraz wyjaśnienia Przystępującego z 28 lutego 2020 r.

Przystępujący otrzymał ofertę Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 14 października 2019 r. z falownikami przypisanymi do danej mocy instalacji i te właśnie falowniki zaoferował Zamawiającemu. Oferta zatem od samego początku obejmowała modele falowników ze zmodyfikowaną mocą znamionową. Natomiast modyfikacja mocy znamionowej przez ich producenta była w pełni możliwa i dopuszczalna, co zostało wykazane powyżej.

Odwołujący zarzucił, że: deklaracja Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. zawiera liczne rozbieżności w stosunku do poprzednich deklaracji, które były składane przez tego wykonawcę na

poprzednie wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. oświadczenia z 2 grudnia 2019 r. oraz z 29 listopada 2019 r., jak również oświadczenia Hymon Energy Sp. z o.o. z 4 grudnia 2019 r. Z wywodów Odwołującego nie wynika jakkolwiek niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż falownika 11KTL-X nie dotyczy zarzut wykroczenia poza narzucony przez Zamawiającego przedział mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5 kW, gdyż moc znamionowa falownika 11KTL-X mieści się bowiem w tym przedziale.

Deklaracja Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 27 lutego 2020 r. nie zawiera żadnych rozbieżności w stosunku do poprzednich deklaracji producenta, jak również w stosunku do oświadczenia Przystępującego z 4 grudnia 2019 r. (oświadczenie to stanowiło wyjaśnienia treści oferty Przystępującego złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 28 listopada 2019 r.). Oświadczenia z 2 grudnia 2019 r. oraz z 29 listopada 2019 r. nie dotyczyły parametru mocy znamionowej, lecz maksymalnej mocy wyjściowej, a deklaracja z 27 lutego 2020 r. nie dotyczyła parametru maksymalnej mocy wyjściowej, lecz mocy znamionowej. Pomiędzy tymi oświadczeniami nie ma zatem żadnych rozbieżności, gdyż dotyczą różnych parametrów. Odwołujący natomiast zestawia ze sobą oświadczenia dotyczące różnych kwestii. Oświadczenie Przystępującego z 4 grudnia 2019 r. nie dotyczyło mocy znamionowej, lecz maksymalnej mocy wyjściowej. Odwołujący podkreśla różnice pomiędzy mocą znamionową a maksymalną mocą wyjściową, a jednocześnie porównuje ze sobą oświadczenia dotyczące tych dwóch różnych mocy i usiłuje wykazać, że są one sprzeczne ze sobą. W deklaracji z 27 lutego 2020 r. Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. nie zmienił swojego zdania, w szczególności nie zmienił nazwy parametru ani jednostki. Przystępujący w żaden sposób nie manipuluje parametrami falownika o modelu 11KTL-X.

Wbrew insynuacjom Odwołującego Przystępujący nie podjął nawet próby negocjacji treści swojej oferty, lecz zgodnie z wyrokiem z 29 stycznia 2020 r. złożył wyjaśnienia, o które zwrócił się do niego Zamawiający, a treść wyjaśnień poparł oświadczeniem producenta zaoferowanych falowników, w którym producent wyraźnie potwierdził, jakie moce znamionowe będą miały inwertery zaoferowane przez Przystępującego.

Przystępujący zaprzeczył także twierdzeniom Odwołującego, jakoby zgodnie z zasadą nazewnictwa urządzeń Sofar Solar nazwą dla inwertera o mocy znamionowej 9 kW powinno być 9KTL-X, a nie 11KTL-X. Nie istnieją żadne zasady nazewnictwa urządzeń Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd, w szczególności zasada, zgodnie z którą nazwa dla inwertera o mocy znamionowej 9 kW powinna brzmieć 9KTL-X, a nie 11KTL-X. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na istnienie powołanych przez niego zasad nazewnictwa. Producent ma swobodę w nazewnictwie produkowanych przez siebie urządzeń i w decydowaniu o ich

parametrach. Potwierdza to oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 26 maja 2020 r. dotyczące inwertera o modelu 11KTL-X.

Odwołujący zarzucił ponadto, że do próby zmiany treści oferty doszło również w zakresie inwertera o nazwie 1100TL, który zgodnie z deklaracją Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. posiada moc znamionową 1500 W, podczas gdy zgodnie z kartą katalogową producenta moc znamionowa tego urządzenia wynosi 1000 W. Producent dwukrotnie deklarował w oświadczeniach z 2 grudnia 2019 r. oraz 29 listopada 2019 r., że możliwość regulacji mocy (funkcjonalnej, nie konstrukcyjnej) jest możliwa w zakresie od 0% do 100%. Tymczasem producent deklaruje, że urządzenie będzie posiadało 150% mocy znamionowej, która jest zapisana w karcie katalogowej, a wraz ze zmianą mocy znamionowej powinna się zmienić również nazwa tego inwertera, tj. na 1500TL, co wskazuje na próbę negocjacji treści oferty, a także na to że takim urządzeniem wykonawca nie ma prawa się posłużyć do realizacji niniejszego zamówienia. Zmiana parametru mocy na wyższy jest niemożliwa, gdyż certyfikacja dla tego urządzenia stała by się nieważna.

Odnosząc się do powyższych wywodów Odwołującego Przystępujący wskazał, że nie wynika z nich jakakolwiek niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności Odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek postanowienia, z którym oferta miałaby być niezgodna ze względu na zaoferowanie przez Przystępującego falownika o modelu 1100TL. W świetle wywodów odwołania zarzut wykroczenia poza narzucony przez Zamawiającego przedział mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5 kW nie dotyczy falownika o modelu 1100TL. Ponadto zarzut dotyczący zaoferowania falownika o modelu 1100TL jest niewątpliwie zarzutem spóźnionym i nawet w razie braku podstaw do odrzucenia odwołania w całości powinien zostać pominięty przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. O tym, iż Przystępujący zaoferował Zamawiającemu falownik o nazwie 1100TL i że Zamawiający uznał ten falownik za spełniający wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący dowiedział się już na etapie pierwszego wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby już wówczas Odwołujący sformułował odpowiedni zarzut w tym zakresie. Przystępujący zaprzeczył, jakoby doszło do próby zmiany treści oferty w zakresie inwertera o nazwie 1100TL, w szczególności takiej próby nie stanowiły wyjaśnienia z 28 lutego 2020 r. i załączona do tych wyjaśnień deklaracja producenta, a wszystkie modele falowników ze zmodyfikowaną mocą znamionową zostały zaoferowane Przystępującemu 14 października 2019 r. w celu zaoferowania ich w przedmiotowym postępowaniu i są aktualnie dostępne w ofercie producenta. Na próbę zmiany treści oferty nie wskazuje także to, że zgodnie z kartą katalogową przesłaną przez producenta moc znamionowa tego urządzenia wynosi 1000 W. Odwołujący nie załączył do odwołania karty katalogowej dla jakiegokolwiek inwertera,

natomiast w toku poprzedniego postępowania odwoławczego nie przedstawił karty katalogowej dla inwertera o modelu 1100TL, co wynikało z tego, że nie sformułował wobec tego inwertera żadnych zarzutów. Przystępujący przypuszcza, że Odwołujący ma na myśli kartę katalogową samodzielnie znaną przez niego w Internecie, jednak tego rodzaju dokumenty nie są wiarygodnym źródłem informacji. Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że moc znamionowa wynosząca 1000 W jest parametrem dotyczącym poprzedniej wersji inwertera o modelu 1100TL, tj. sprzed zmiany jego mocy znamionowej przez producenta w październiku 2019 r. Przystępujący podkreślił, że wcześniejsze oświadczenia Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd nie dotyczyły inwertera o modelu 1100TL, zatem już z tego powodu pomiędzy nimi a deklaracją z 27 lutego 2020 r. nie może być żadnych rozbieżności.

Przystępujący wskazał, że z obowiązujących przepisów nie wynika obowiązek certyfikacji falowników. Certyfikacja ma charakter dobrowolny i zależy wyłącznie od decyzji producenta. Zmiana mocy znamionowej w modelach inwerterów oznacza potrzebę dodatkowego ich przebadania. Odpowiednio do powyższego, niezwłocznie po podjęciu decyzji o modyfikacji mocy znamionowej producent wystąpił do kompetentnych jednostek badawczych o przeprowadzenie dodatkowych badań – stosowny wniosek został złożony 12 i 14 października 2019 r. Niestety, ze względu na epidemię wirusa SARS-CoV-2 w Chinach i związane z nią restrykcje oraz ograniczenia dodatkowe badania inwerterów bardzo się opóźniły i zostały zakończone dopiero w czerwcu 2020 r. Potwierdza to oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 26 maja 2020 r. oraz oświadczenia jednostek badawczych Intertek Testing Service Shenzhen Ltd. Oddział w Kantonie z 29 kwietnia 2020 r. oraz SGS-CSTC Standards Technical Services Co. Ltd. – Laboratorium ds. bezpieczeństwa w Kantonie, dwa oświadczenia z 27 kwietnia 2020 r.

Przystępujący podkreślił, że na etapie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie wymagał złożenia jakichkolwiek dokumentów dotyczących oferowanych mu falowników, zatem dopiero na etapie realizacji umowy należało przedstawić certyfikaty potwierdzające spełnianie wymagań normy EN 50438:2013 (względnie normy EN 50549-1:2019).

Przystępujący wskazał, że nie utożsamia parametru maksymalnej mocy wyjściowej z parametrem mocy znamionowej.

Deklaracja Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 27 lutego 2020 r. jest w pełni wiarygodna i prawdziwa, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał jej nieprawdziwości, ograniczając się do gołosłownych twierdzeń. Wbrew insynuacjom Odwołującego nie doszło też do zmiany treści oferty Przystępującego, tj. do zmiany urządzeń, które były oferowane, na inne urządzenia. Odwołujący stwierdził, że deklaracja ta, ze względu na jej sprzeczność z pozostałymi dowodami zebranymi w postępowaniu, nie mogła stanowić wiarygodnej

odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak nie wskazał jakie „pozostałe dowody zebrane w postępowaniu” ma na myśli. Deklaracja ta stanowiła wiarygodną odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący nie wskazał też, w jaki inny sposób Przystępujący powinien złożyć wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, aby Odwołujący uznał je za wiarygodne.

Odwołujący wskazał, że inwertery jak wskazane w deklaracji z 27 lutego 2020 r. nie istnieją – istnieją jedynie inwertery opisane w ofercie. Przystępujący zaprzeczył temu twierdzeniu Odwołującego. Inwertery wskazane w deklaracji z 27 lutego 2020 r. to te same inwertery, co wskazane w ofercie Przystępującego, w tym zarówno inwertery zmodyfikowane w zakresie mocy znamionowej, wskazane szczegółowo powyżej, jak i inwertery, które takiej modyfikacji nie wymagały. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że jest inaczej. Potwierdza to oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 26 maja 2020 r. oraz oferta Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 14 października 2019 r. Odwołujący ponadto nie wykazał, że inwertery wskazane w deklaracji z 27 lutego 2020 r. nie istnieją. Wszystkie inwertery wskazane w deklaracji istnieją i istniały w momencie składania oferty przez Przystępującego.

Odwołujący podniósł też, że inwertery o mocach wskazanych w deklaracji z 27 lutego 2020 r. nie mogą również zostać wyprodukowane i wprowadzone na rynek pod taką nazwą, jak została podana w ofercie Przystępującego. Przystępujący nie zgodził się z tym twierdzeniem, które, jego zdaniem, nie wiadomo z czego wynika. Inwertery o mocach wskazanych w deklaracji z 27 lutego 2020 r. jak najbardziej mogą zostać wyprodukowane i wprowadzone na rynek pod taką nazwą, jaka została podana w ofercie. Dotyczy to zarówno inwerterów, które nie zostały zmodyfikowane w zakresie mocy znamionowej i z zaoferowaną Zamawiającemu mocą znamionową były dostępne w ofercie producenta już wcześniej, jak i inwerterów, które zostały zmodyfikowane w zakresie mocy znamionowej. Producent może zmienić parametry konkretnego typu inwertera oraz faktycznie je zmienia, choćby ze względu na np. udoskonalanie produktu, w związku z czym zmianie ulegają parametry produktu. Producent ma swobodę w decydowaniu o parametrach produkowanych przez siebie inwerterów i w ich nazewnictwie, co potwierdza oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd z 26 maja 2020 r.

Przystępujący nie miał możliwości oznaczenia modeli oferowanych Zamawiającemu inwerterów w sposób inny niż uczynił to w złożonej ofercie, o sposobie oznaczenia sprzętu oraz o szczególności tego oznaczenia decyduje bowiem każdorazowo i jednostronnie jego producent. Zgodnie z art. 13 pkt 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku producent ma obowiązek umieścić na wyrobie, a w przypadkach określonych w przepisach szczególnych na opakowaniu, w załączonym dokumencie lub na

etykiecie, informacje umożliwiające identyfikację wyrobu. Załączone oświadczenie Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 26 maja 2020 r. potwierdza jednoznacznie, iż producent ten nie stosuje innego sposobu oznaczania modeli falowników niż ten, którym posłużył się w swojej ofercie Przystępujący.

Odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podniósł, że pojawiły się nowe okoliczności związane z wyjaśnieniami udzielonymi na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 lutego 2020 r., a wykonawcy nie uczynili zadość wezwaniu z 24 lutego 2020 r., w związku z czym nie wykazali że zaoferowane przez nich inwertery spełniają wymogi określone w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej. Przystępujący podkreślił, że w sprawie nie pojawiły się żadne nowe okoliczności, a on sam uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego składając 28 lutego 2020 r. wyjaśnienia z zestawieniem falowników zastosowanych na wszystkich Subregionach. W świetle powyższego nie ma wątpliwości, że Przystępujący złożył dokładnie takie wyjaśnienia, jakich oczekiwał od niego Zamawiający. Ponadto wyjaśnienia złożone przez Przystępującego są rzeczowe, dokładne i wyczerpujące, odnoszą się do wszystkich kwestii wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu. W świetle wyroku z 29 stycznia 2020 r., jak i w świetle treści wezwania Zamawiającego z 24 lutego 2020 r., uczynienie zadość wezwaniu nie miało polegać na wykazaniu przez Przystępującego, że zaoferowane inwertery spełniają wymogi określone w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej. Zatem to, że w ocenie Odwołującego Przystępujący powyższego nie wykazał, nie stanowi i nie może stanowić jakiegokolwiek nowej okoliczności, a zwłaszcza nie stanowi i nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że oferta Przystępującego powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona jako oferta niezgodna z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyłącznie w przypadku Odwołującego Izba wskazała w wyroku, że poprzez złożenie wyjaśnień, a następnie karty technicznej, Odwołujący ma wykazać, iż oferowany przez niego zasobnik posiada faktycznie klasę energetyczną A, pod rygorem odrzucenia oferty Odwołującego. Jednak Przystępujący, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, jednocześnie wykazał, że zaoferowane przez niego inwertery spełniają wymogi określone w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej, choć nie był do tego zobowiązany – załączył deklarację producenta falowników z 27 lutego 2020 r., w której producent potwierdził, że wszystkie oferowane inwertery Sofar Solar spełniają wymagania przedmiotowego przetargu i będą miały maksymalną moc znamionową od 1500 W do 175000 W oraz wskazał, ile wynosi maksymalna moc znamionowa dla każdego modelu inwertera zaoferowanego przez Przystępującego. Tym samym powyższa deklaracja stanowi wystarczający i zarazem rozstrzygający dowód na to, iż zaoferowane przez Przystępującego inwertery spełniają wymogi określone w punkcie 2.2. Dokumentacji technicznej. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego jest pozbawiony jakichkolwiek podstaw.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący wskazał, że zarzut ten Odwołujący oparł na tych samych okolicznościach faktycznych, co zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem do zarzutu tego stosuje się argumentacja i dowody przedstawione przez Przystępującego powyżej. W ich świetle zarzut ten jest bezzasadny, a żadne ze stwierdzeń Odwołującego nie odpowiada rzeczywistości.

Podobnie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący oparł na tych samych okolicznościach faktycznych co zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem również do tego zarzutu stosuje się argumentacja i dowody przedstawione powyżej. W ich świetle oba zarzuty ten jest równie bezzasadny i chybiony jak zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego. Ani Zamawiający nie dopuścił do dokonania takiej zmiany przez Przystępującego, ani Przystępujący takiej zmiany nie dokonał. Inwertery wskazane w wyjaśnieniach Przystępującego z 28 lutego 2020 r. to te same inwertery, co wskazane w ofercie Przystępującego, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że jest inaczej. Przystępujący poprzez złożone wyjaśnienia z 24 lutego 2020 r. i załączone do nich oświadczenie producenta nie tylko, że nie zmienił zaoferowanych Zamawiającemu inwerterów (czy ich mocy znamionowych), ale nawet nie byłby w stanie ich zmienić. Zamawiający nie wymagał bowiem złożenia ani wraz z ofertą, ani w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jakichkolwiek dokumentów czy oświadczeń dotyczących oferowanych mu falowników. Przystępujący zatem nigdy wcześniej nie wskazał Zamawiającemu, jaka jest moc znamionowa oferowanych przez niego falowników. Już zatem tylko z tego względu wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie mogły stanowić i nie stanowiły zmiany treści oferty Przystępującego, lecz były rzeczową, konkretną i popartą dowodami odpowiedzią na otrzymane wezwanie do wyjaśnień.

Ponadto nawet brak złożenia wyjaśnień treści oferty, czy złożenie wyjaśnień niewystarczających nie może być podstawą odrzucenia oferty, ustawodawca nie przewidział bowiem żadnej sankcji za niezłożenie wyjaśnień, względnie za złożenie wyjaśnień niewystarczających, w szczególności sankcji takiej nie zawiera art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący wskazał, że zarzut ten nie ma odrębnego uzasadnienia i stanowi wyłącznie konsekwencję pozostałych zarzutów postawionych przez Odwołującego. Ponieważ

wszystkie zarzuty dotyczące Przystępującego i jego oferty są chybione i bezpodstawne, tak samo chybiony i bezpodstawny jest również ww. zarzut. Wybór oferty Przystępującego w odpowiednich Częściach A poszczególnych Subregionów był jak najbardziej prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV Stanowisko przystępującego ML System S.A.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ML System S.A. wnosząc o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie.

Przystępujący wskazał, że głównym zarzutem wniesionego odwołania w stosunku do oferty Przystępującego jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter pochodny i opiera się na tych samych elementach stanu faktycznego. Wybiórczo opisany przez Odwołującego stan faktyczny może sprawiać mylne wrażenie, że „sytuacja faktyczna i procesowa” przystępującego ML System S.A. i Hymon Energy Sp. z o.o. jest identyczna, a w konsekwencji postawione przez niego zbiorczo zarzuty są prawidłowe – tak jednak nie jest.

W treści wniesionego pierwotnie odwołania z 23 grudnia 2019 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia ofert Hymon Energy Sp. z o.o., Neostar Green Energy Sp. z o.o. Sp. k., ML System S.A, JSB Construction PPHU J.S., Pro-Eco Sp. z o.o., Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k., Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. w odpowiednich częściach A i B poszczególnych Subregionów, w których wyżej wymienieni wykonawcy składali oferty, podczas gdy oferty tych wykonawców podlegały odrzuceniu jako niezgodne ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, względnie naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z nieprzeprowadzeniem stosownych wyjaśnień treści oferty wobec rozbieżności pomiędzy wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia, a treścią oferty. Tylko w tym zakresie Izba uwzględniła poprzednie odwołanie spółki Sanito (pkt. 5.1. a i b), „uwzględniła odwołanie w częściach A poszczególnych subregionów w zakresie zarzutów dotyczących ofert (a) Hymon Energy Sp. z o o w zakresie mocy inwerterów (falowników), w pozostałym zakresie zarzuty oddaliła, oraz (b) ML System S.A w całości”. Izba nakazała w stosunku do ofert złożonych przez ww. firmy do dokonania wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych celem złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby moc ta wynosiła maksymalnie 17,5 kW. Tym samym, z dwóch postawionych alternatywnie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba wybrała jeden, tj. uznała, iż doszło do naruszenia wyłącznie drugiego z nich. Tak też należy rozumieć

użyty w sentencji wyroku zwrot o uwzględnieniu odwołania w całości. Nie jest bowiem możliwe uwzględnienie dwóch alternatywnie postawionych zarzutów jednocześnie. W sytuacji, w której Izba uznałaby przekazane przez Odwołującego informacje za wystarczające dla odrzucenia oferty, nie nakazałaby Zamawiającemu wystosowywania jakichkolwiek wezwań.

Uszło uwadze Odwołującego, iż ww. zobowiązanie Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień podyktowane było wyłącznie tym, że Hymon Energy Sp. z o.o. nie złożył Zamawiającemu do dnia wydania wyroku z 29 stycznia 2020 r. karty katalogowej ani innego dokumentu, z którego wynikałoby, jaką moc wyjściową ma oferowany falownik, i który to dokument mógłby być wyjaśniony lub uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kartę katalogową dla falownika złożył natomiast w roku rozprawy Odwołujący. Izba uznała, że wobec niezgodności informacji pochodzących z przedłożonej przez Odwołującego karty katalogowej z wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanej przez oferowane przez niego falowniki mocy znamionowej (str. 58 i 111 uzasadnienia). Izba uznała zatem wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych za wystarczające – miało ono bowiem na celu rozwiać jedynie wątpliwości co do rozbieżności dostrzeżone w dokumentach.

ML System S.A. w toku postępowania nie była wzywana do okazania ani samodzielnie nie przedstawiała kart katalogowych spornych falowników. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym przedstawił udostępnione przez producenta karty, pobrane najprawdopodobniej z sieci Internet. Jednak oferta ML System S.A. nie podlegała pełnej ocenie z uwagi na przyjętą przez Zamawiającego w trybie art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych procedurę odwróconą, więc jej ocena w kontekście zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na tym etapie byłaby przedwczesna. Z uwagi na powyższe, zatem i w tym przypadku Izba orzekła co do konieczności złożenia wyjaśnień w trybie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe wezwania nie były spowodowane koniecznością rozróżnienia mocy wyjściowej od mocy znamionowej oferowanych przez wykonawców urządzeń. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w sprawie KIO 2631/19 nie potwierdził się zarzut, by parametru maksymalnej mocy wyjściowej nie można było utożsamiać z parametrem mocy znamionowej – wręcz przeciwnie. Na str. 58 uzasadnienia orzeczenia Izba uznała, iż „zamawiający powinien wezwać Hymon do wyjaśnienia kwestii mocy wyjściowej falownika na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy pzp (...) Hymon wyjaśnił, że oferowane urządzenie posiada regulowany parametr mocy wyjściowej. Nie doszło przy tym do zmiany oferty, gdyż w dalszym ciągu oferowany jest ten sam falownik, a jedynie producent wyjaśnił, że możliwe jest obniżenie jego mocy i dlatego spełnia on postawiony w SIWZ wymóg. Dokładnie rzecz ujmując z oświadczenia SOFAR wynika, że obniżenie mocy (0-100%) można ustawić na trybie wyświetlacza po

wybraniu ustawienia nr 16, jeżeli jest to wymagane i konieczne dla konfiguracji systemu. Tym samym zarzut odwołującego się nie potwierdził się, ponieważ na etapie produkcji obniżony zostanie przedmiotowy parametr do oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu 9 kVA.” Na czas wyrokowania Hymon Energy Sp. z o.o. nie przedłożył jednak karty technicznej, stąd też brak było dokumentu, który mógłby być wyjaśniony lub uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego też Izba, jak się wydaje, ograniczyła się do zobowiązania Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, które na dzień wyrokowania i złożonych natenczas dokumentów wydawało się poprawne i wystarczające. Izba bezspornie uznała jednak w treści uzasadnienia, iż moc wyjściowa jest tożsama z mocą znamionową, i orzeczenie w tym zakresie nie zostało zaskarżone przez żadną ze stron.

ML System S.A. – także w ramach odwołania rozpoznawanego przez Izbę pod sygn. KIO 2601/19 podnosił, iż czym innym – z technicznego punktu widzenia, jest moc wyjściowa. czym innym znamionowa, jednak Izba na potrzeby prowadzonego postępowania zrównała te pojęcia, i wyrok w tym zakresie należy zaakceptować. Pomimo iż Izba nie powieliła ww. wywodu co do tożsamości pojęć w różnych punktach uzasadnienia, należy uznać, że dotyczył on interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla wszystkich spraw połączonych do wspólnego rozpoznania.

W konsekwencji, z sentencji i uzasadnienia wyroku wynika dla Zamawiającego obowiązek nie tylko wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień, lecz także bezwzględny zakaz odrzucania ich ofert, na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w oparciu o przesłanki powołane w treści odwołania z 23 grudnia 2019 r. dotyczące mocy znamionowej. Okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu z grudnia 2019 r. nie potwierdziły bowiem, by oferty te na dzień wydania orzeczenia podlegały odrzuceniu z uwagi na nieprawidłowy dobór inwerterów. Okoliczności faktyczne przedstawione przez ML System S.A., która także kwestionowała ofertę Hymon Energy Sp. z o.o. co do doboru falowników z uwagi na niewłaściwą moc znamionową także nie znalazły uznania Izby. Ustalenia te na tym etapie wiążą strony.

W treści odwołania z marca 2019 r. Odwołujący wskazał, iż Hymon Energy Sp. z o.o. pismem z 28 lutego 2020 r. przedstawił (nową) tabelę z zestawieniem falowników wraz ze wskazaniem ich mocy znamionowej, (nową) deklarację producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r., w której została zawarta tabela poszczególnych modeli inwerterów z określeniem ich mocy znamionowych oraz oświadczenie producenta, że inwertery będą miały moc znamionową od 1500 W do 17500 W. Odwołujący zestawiał moce znamionowe podane w treści deklaracji producenta Sofar Solar z 27 lutego 2020 r. z parametrami innych urządzeń dostępnych na rynku oraz wskazał na rozbieżności w treści tej deklaracji w stosunku do poprzednich dokumentów wskazanych przez ww. wykonawcę. Wątpliwości Odwołującego wzbudziła nadto rozbieżność pomiędzy deklarowaną pierwotnie regulacją mocy

od 0% do 100 % a wynikającą z karty katalogowej 150%. Odwołujący deklarację producenta uznał za niewiarygodną i sprzeczną z poprzednimi deklaracjami oraz oświadczeniami złożonymi przez Hymon Energy Sp. z o.o. 4 grudnia 2019 r. Z tego też powodu Odwołujący się postawił – obok zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tego rodzaju zarzuty i argumenty nie zostały sformułowane względem oferty złożonej przez ML System S.A., która treścią złożonych na wezwanie wyjaśnień jedynie potwierdziła, iż zaoferowany model może być kwalifikowany jako falownik z niższą mocą znamionową niż wynikająca z oznaczenia. W ocenie Odwołującego powyższe nie potwierdzało spełniania przez oferowane inwertery wymogu określonego w punkcie 2.2 Dokumentacji technicznej, gdyż „czym innym jest moc znamionowa, czym innym moc wyjściowa inwertera”, jednak w tym zakresie Odwołujący jest w błędzie. W ramach poprzednio prowadzonego postępowania dokonano ustaleń zupełnie odmiennych i pojęcia te należy traktować jako tożsame.

Uznając możliwość weryfikacji mocy wyjściowej/znamionowej falownika, należy przyznać rację Zamawiającemu co do dokonanego sposobu oceny oferty ML System S.A. -jako zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzuca ML System S.A. niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jednak ta niezgodność odnosi się do tej samej niezgodności będącej podstawą wyrokowania w poprzedniej sprawie, w której Izba dopuściła regulowany parametr mocy wyjściowej. W tym też zakresie odwołanie – w kontekście podstaw do jego odrzucenia w oparciu o treść art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – powinno zostać odrzucone, względnie, oddalone jako merytorycznie niezasadne.

Z ostrożności Przystępujący podniósł, iż zasadność wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że wykonawca złożył zamawiającemu w dokumentacji ofertowej informacje nieprawdziwe i błędne. Odwołujący nie podał nawet, jakie to informacje, czy jaki dokument, miałby świadczyć o zasadności postawionego nieudolnie zarzutu. Twierdzenia Odwołującego jakoby postawiony zarzut należałoby odczytywać z kontekstu, w jakim został on umieszczony oraz z całości odwołania, są niepoważne. To Odwołujący, jako inicjator postępowania odwoławczego, powinien już w treści odwołania skonkretyzować, jaka informacja jest nieprawdziwa i dlaczego. Niepodanie ww. informacji uniemożliwia ocenę zarzutu, i w tym zakresie Przystępujący podtrzymuje argumentację podaną w piśmie z 21 kwietnia 2020 r.

Podana przez Odwołującego w piśmie z 13 maja 2020 r. maksymalna moc znamionowa zaoferowanych inwerterów, jest poprawna. ML System S.A. wskazał, iż podany falownik „może być zakwalifikowany jako falownik o mocy znamionowej 17,5 kw”, co w świetle zacytowanego

orzeczenia jest prawdą. Nie tylko formalnie, ale i merytorycznie postawiony w tym zakresie zarzut jest wadliwy.

Przystępujący wskazał także, że wszystkie dokumenty przez niego przedstawione są spójne, zgodne i odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Firma nie dokonywała żadnych modyfikacji oferowanego produktu ani na etapie poprzedniego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, ani po wydaniu wyroku z 29 stycznia 2020 r. Oferta firmy nie została poddana pełnej ocenie. Z uwagi na powyższe sytuacja ML System S.A. nie jest tożsama, a zatem powinna być analizowana odrębnie.

Podczas rozprawy Przystępujący podkreślił, iż Odwołujący pomija, że poprzedni wyrok Izby oddalił odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie tego, że falowniki oferowane przez ML System S.A. są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba oceniła zgodność falowników na podstawie przedłożonych dokumentów i na str. 58 wyroku zezwoliła na regulację mocy. Co prawda była mowa o mocy wyjściowej, ale zamiennie to pojęcie stosowała do mocy znamionowej. Przystępujący nie widzi powodów, dlaczego można dopuścić regulację mocy wyjściowej, a znamionowej nie. Odwołujący przeprowadził analizę falowników oferowanych przez przystępującego Hymon Energy Sp. z o.o., a nie przeprowadził w stosunku do oferowanych przez ML System S.A. Jego zdaniem z tego powodu, że nie można tych argumentów wyprowadzać analogicznie, ponieważ falowniki obu firm są dalece różne. ML System S.A. nie przedstawił kart katalogowych w tym zakresie, ponieważ nie był do tego wzywany, więc nie można powoływać się na niezgodność parametrów oferowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zauważył, że większość oferowanych falowników jest wspólna pod względem mocy wyjściowej i znamionowej. Przedstawiona przez przystępującego Hymon Energy Sp. z o.o. opinia Politechniki Gdańskiej zawiera analizę falowników Sofar Solar i wynika z niej, że, aby przejść na moc 17,5 kW, trzeba zmienić ich grupę konstrukcyjną, natomiast rozwiązanie zawarte w falownikach oferowanych przez ML System S.A. opiera się na jednej grupie konstrukcyjnej oferującej moc 15-20 kW, co potwierdza złożony przez Przystępującego dowód nr 18 w ramach listy relewantnych dowodów. Z zawartych tam kart katalogowych wynika, że moc znamionowa i moc wyjściowa są jednakowe. Dla każdego falownika dopuszczalne jest przeciążenie, jednak nie dopuszcza się sytuacji, by było to ponad 100%. W falownikach Sofar Solar, zgodnie z danymi podanymi przez przystępującego Hymon Energy Sp. z o.o., jest to 104% (z 36 na 17,5 kW), natomiast w oferowanych przez ML System S.A. 14,3%, tj. z 20 na 17,5 kW. Jest to niewielka zmiana możliwa oprogramowaniem i nie ma wpływu na inne parametry oraz nie wymaga dodatkowej certyfikacji, są one bowiem w ramach jednej grupy. O uniwersalności falowników firmy Fronius świadczy to, że mógł zaoferować dwa modele falowników, podczas gdy falowników Sofar Solar zaoferowano 5 z różnych grup produktowych,

przy czym żadna z tych grup nie jest w granicach 17,5 kW. Pojęcia „moc wyjściowa” i „moc znamionowa” używane są zamiennie, różnią się jednostkami – przy mocy wyjściowej VA, przy znamionowej W.

Co do przyłączenia do sieci stwierdził, że o mocy decydują moduły fotowoltaiczne i taka będzie moc, którą wygenerują. Nie zależy to od falownika.

Jego zdaniem zarzuty zaniechania odrzucenia oferty ML System S.A. są przedwcześnie, ponieważ była to oferta druga w rankingu i Zamawiający nie dokonał jej wyboru, a przed takim dokonaniem może się jeszcze o parametry spytać.

Odwołujący powinien wykazać, która z informacji przedstawionych przez przystępującego ML System S.A. jest nieprawdziwa, aby móc domagać się jego wykluczenia na tej podstawie. W treści odwołania nie ma stwierdzenia, czym ML System S.A. mógłby wprowadzić Zamawiającego w błąd. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające, więc ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który takowego w stosunku do ML System S.A. nie przedstawił.

V Ustalenia Izby

Odwołujący wycofał zarzuty dotyczące wykonawcy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., z związku z powyższym, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutów dotyczących tego wykonawcy.

W pozostałym zakresie na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący i Zamawiający wnieśli o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazane przepisy art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi – odpowiednio – że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (pkt 3.); odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się (pkt 4.) albo odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (pkt 5).

W przywołanym wyroku z 29 stycznia 2020 r., pełna sygn. akt KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2623/19, KIO 2629/19, KIO 2631/19, dotyczącym rozstrzygnięcia postępowania przetargowego z 12 grudnia 2019 r., Izba – w zakresie odwołania KIO 2631/19, wniesionego

przez odwołującego Sanito Sp. z o.o. (odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym) w części związanej z zarzutami podniesionymi w niniejszym odwołaniu – uwzględniła odwołanie w częściach A poszczególnych subregionów w zakresie zarzutów dotyczących ofert: Hymon Energy Sp. z o.o. w zakresie mocy inwerterów (falowników), ML System S.A. w całości oraz nakazała wezwanie wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o. i ML System S.A., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby moc ta wynosiła maksymalnie 17,5 kW.

W wykonaniu powyższego wyroku KIO 2631/19 Zamawiający, pismami z 24 lutego 2020 r., wezwał obu wykonawców do nakazanych wyjaśnień, na które to wezwanie obaj wykonawcy odpowiedzieli pismami odpowiednio z 28 lutego i 27 lutego 2020 r.

W konsekwencji 9 marca 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Hymon Energy Sp. z o.o. w części A kwestionowanych subregionów, a ofertę ML System S.A. sklasyfikował na drugim miejscu rankingu ofert.

Z powyższych okoliczności wynika więc, że – wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępujących – Izba w wyroku KIO 2631/19 nie rozstrzygnęła przedmiotowej materii w sposób ostateczny stwierdzając że oferty te podlegają odrzuceniu jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia lub też nie podlegają odrzuceniu, gdyż są ze specyfikacją zgodne, lecz pozostawiła rozstrzygnięcie niejako „otwarte”, tj. do ustalenia w ramach postępowania przetargowego – nakazując Zamawiającemu podjęcie stosownych czynności w tym zakresie, tj. dokonanie wyjaśnień spornej kwestii. Fakt, że Izba w wyroku nie wskazała *expressis verbis*, że Zamawiający ma te wyjaśnienia przeprowadzić w sposób rzetelny i rzetelnie ocenić, a w konsekwencji zdecydować o kwestii zgodności oferowanych falowników ze wskazanym wymogiem specyfikacji, przy czym wszystko to ma się odbywać zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie ma znaczenia, gdyż jest to oczywiste, że Zamawiający ma się tak zachować, ponieważ taki obowiązek wynika z podstawowych zasad zachowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyroku Izby nie można zaś w żadnym razie interpretować tak, jak wskazywali Zamawiający i Przystępujący, tj. że wezwanie było jedynie formalnością nakazaną w oderwaniu od całej procedury udzielania zamówień i nie związaną z żadnymi innymi czynnościami, nakazaną tylko dla samego dokonania tej czynności. W szczególności, że wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie są czynnością formalną, której zamawiający musi dokonać „dla zasady”, czy „dla porządku” jak np. wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, które rzeczywiście może mieć taki charakter (skorygowanie błędów w otrzymanych dokumentach), lecz są dokonywane w konkretnym celu uzupełnienia brakującej

wiedzy w danym zakresie, rozwiania wątpliwości co do czegoś i są jedynie etapem w badaniu oferty pod względem przedmiotowym – najczęściej właśnie jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający dokonał wezwania i otrzymał wyjaśnienia w lutym 2020 r., zatem już po wyroku Izby z 29 stycznia 2020 r. Tym samym ponownej kontroli Izby w postępowaniu odwoławczym, w ramach środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, podlegają wszystkie czynności i zdarzenia zaistniałe w postępowaniu po wydaniu wyroku KIO 2631/19, w tym informacje zawarte w wyjaśnieniach, do których odnosi się niniejsze odwołanie i dokonana przez Zamawiającego ocena tych wyjaśnień, której skutkiem było stwierdzenie, że obie oferty są poprawne.

Tym samym – zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – w przedmiotowym stanie faktycznym nie mogłoby być kwestionowane samo wezwanie do wyjaśnień, które nakazała Izba, ponieważ rzeczywiście była to czynność dokonana w ramach wykonania wyroku. Natomiast konsekwencja tego wezwania (udzielone wyjaśnienia i sama ocena tych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego) nie jest już objęta ww. wyrokiem.

Tym samym również odwołanie wniesione 19 marca 2020 r. nie dotyczy wyłącznie tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę 29 stycznia 2020 r., a termin 10-dniowy na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, został poprawnie obliczony od 9 marca 2020 r., kiedy to Zamawiający przesłał wykonawcom nową informację o wyniku postępowania.

Z uwagi na powyższe dyspozycje art. 189 ust. 2 pkt 3-5 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba w ramach niniejszego postępowania odwoławczego nie rozpatrywała kwestii zaistniałych wcześniej, tj. przed wydaniem wyroku z 29 stycznia 2020 r. i już w nim rozpatrzonych, lecz kontroli Izby w obecnym postępowaniu odwoławczym, w ramach środków ochrony prawnej przysługujących Odwołującemu, podlegają wszystkie czynności i zdarzenia zaistniałe w postępowaniu po wydaniu wyroku sygn. KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2623/19, KIO 2629/19, KIO 2631/19, w tym informacje zawarte w wyjaśnieniach z 28 lutego i 27 lutego 2020 r. Przy tym Izba rozróżnia zakres zarzutów, który nie może być przekroczony – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiącą, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu – od dynamicznej argumentacji Odwołującego i Przystępujących w pismach procesowych i podczas rozprawy, która częściowo była konsekwencją sporu w poprzednim postępowaniu odwoławczym i w której na argument przeciwnika odpowiadało kontrargumentem, a tym samym odnoszono się do różnych zagadnień z zakresu zarzutów, a która w dużej mierze ostatecznie okazała się bezprzedmiotowa i zbędna dla rozstrzygnięcia, w którym Izba oparła się *stricte* na zasadach udzielania zamówień publicznych, które w tym wypadku były przesądzające.

Co do kwestionowanego przez Zamawiającego interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania ze względu na to, że zajął on dopiero trzecią pozycję w rankingu ofert – Izba uznała, że taki interes po stronie Odwołującego istnieje.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Odwołujący powyższe przesłanki spełnił, tj. jest wykonawcą w postępowaniu, zakwestionował zachowanie Zamawiającego jako niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, miał interes w uzyskaniu tego zamówienia (chce je uzyskać i w tym celu złożył ofertę, która nie została odrzucona) oraz, przez to, że jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą w kwestionowanym zakresie, może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia. W tym celu sformułował zarzuty co do zachowania Zamawiającego w stosunku do ofert, które zostały sklasyfikowane na dwóch pierwszych miejscach, podczas gdy sam zajmuje trzecie miejsce w rankingu ofert. Fakt, że Zamawiający uważa, że kwestionowane oferty są prawidłowe, a sam postąpił zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odbiera wykonawcy prawa do wniesienia odwołania i nie zaprzecza posiadaniu przez niego interesu w tym zakresie.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (w szczególności treść poszczególnych dokumentów: specyfikacji istotnych warunków zamówienia i udzielonych w stosunku do niej wyjaśnień, treść ofert wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o. i ML System S.A., treść wezwania do wyjaśnień z 24 lutego 2020 r. i udzielonych przez tych wykonawców wyjaśnień oraz przedstawionych dokumentów) w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi. Izba uznała go za ustalony i nie będzie powtarzała poza niezbędnym zakresem.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie przedstawionych stanowisk Stron oraz dokumentów (Izba wzięła pod uwagę wszystkie dokumenty przedstawione przez Strony i Przystępujących, lecz ze względu na to, że są to dokumenty prywatne, formalnie mają one status procesowy stanowiska strony lub uczestnika postępowania i tak zostały ocenione) Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W punkcie 2.2. załącznika 8A „Dokumentacja techniczna” do specyfikacji istotnych warunków zamówienia str. 6 *in fine* podpunkt „Inwertery” wskazano: „W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5 kW.”

Interpretacja powyższego postanowienia była przedmiotem sporu w ramach odwołania 2631/19, w wyniku którego wydano wskazywany wyrok z 29 stycznia 2020 r. (pełna sygn.: KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2623/19, KIO 2629/19, KIO 2631/19), w którym Izba w stosunku do oferty Hymon Energy Sp. z o.o. w uzasadnieniu wyroku wskazała, że: „Zgodnie z załącznikiem 8A, str. 6: <<W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5kW>>. Ww. wymóg jest jednoznaczny, nie został zakwestionowany przez żadnego z wykonawców w drodze odwołania, ma zatem charakter wiążący dla wykonawców i na taki jego charakter nie ma wpływu to, na jakim etapie przygotowywania inwestycji został sporządzony. W części A we wskazanych w odwołaniu subregionach wykonawca Hymon wskazał m.in. falowniki (inwertery) Sofar Solar 20000TL-G2, Sofar Solar 25000TL-G2, Sofar Solar 36000TL. Odwołujący złożył na rozprawie m.in. kartę katalogową oferowanych przez Hymon falowników, z której wynika, że ich moc znamionowa wynosi odpowiednio: 20000 W, 25000 W i 36000 W, a zatem jest większa niż dopuszczone 17,5 kW. Wobec niezgodności informacji pochodzących z przedłożonej przez odwołującego karty katalogowej z wymogiem siwz, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Hymon do złożenia wyjaśnień w zakresie posiadanej przez oferowane przez niego falowniki mocy znamionowej. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu zastosowanie w tym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut odwołania potwierdził się.”, natomiast co do ML System S.A.: „Inwertery mają moc większą niż 17,5 kW, a zgodnie z zał. nr 8A – dokumentacja techniczna – panele fotowoltaiczne, zastosować należy inwertery o mocy, jeden od 1,5 kW do 17,5 kW. Zarzut analogiczny do zarzutu opisanego dla Wykonawcy Hymon, z tym że przedmiotowym przypadku zaoferowano, w instalacjach powyżej 17,5 kW, dwa różne inwertery (zaoferowane modele Froniusa to SYMO 20.0-3-M), które mają moc 20 kW, więc powyżej 17,5 kW, a Zamawiający wymagał 17,5 kW, co stanowi niezgodność z SIWZ. Dodatkowo trzeba zwrócić uwagę na pozycje o mocy 39,2 kW: Subregion Tarnowski lp. 44, 45 Subregion Wielicki lp. 27, 63, 64 Subregion Olkuski lp. 20 Subregion Miechowski lp. 19, 65. W tych pozycjach wykonawca określił TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 8.2-3-M, co oznacza, że zaoferował dwa modele. Łącznie moc wynosi 28 kW, co stanowi niezgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ. Dodatkową okolicznością jest fakt, iż w Dokumentacji zał. 8A, na schemacie dla instalacji 39,2 kW przewidziano 2 inwertery o mocy 17,5 kW każdy, co wskazuje, że inwerter 8.2 kW nie ma mocy 17,5 kW (nawet 2x8,2 kW to jest 16,4 kW). (...) Zgodnie z załącznikiem 8A, str. 6: <<W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do

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

Jak zostało wskazane powyżej, w konsekwencji Izba nakazała wezwanie wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o. i ML System S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby moc ta wynosiła maksymalnie 17,5 kW

24 lutego 2020 r. Zamawiający, w wykonaniu wyroku, wezwał Hymon Energy Sp. z o.o. i ML System S.A. do złożenia stosownych wyjaśnień: „jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu SIWZ, aby moc ta wynosiła max. 17,5 kW? Wyjaśnienia dotyczą wszystkich falowników w złożonej przez Państwa ofercie na Część A w poszczególnych Subregionach.” (oba wezwania o tej samej treści).

W odpowiedzi z 28 lutego 2020 r. przystępujący Hymon Energy Sp. z o.o. przedstawił „zestawienie falowników zastosowanych na wszystkich Subregionach w/w postępowaniu, jakie wpisaliśmy w ofertę wraz z ich mocami znamionowymi”: 1100TL – 1500 W, 1600TL – 1550 W, 2200TL – 2100 W, 3.3KTL-X – 3000 W, 4.4KTL-X – 4000 W, 5.5KTL-X – 5000 W, 6.6KTL-X – 6000 W, 8.8KTL-X – 8000 W, 11KTL-X – 9000 W, 12KTL-X – 12000 W, 15000TL – 15000 W, 20000TL-G2 – 17500 W, 25000TL-G2 – 17500 W, 30000TL-G2 – 17500 W, 33000TL-G2 – 17500 W, 36000TL – 17500 W oraz oświadczył, że wszystkie inwertery zostały dobrane na podstawie wymogów Zamawiającego sprecyzowanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i posiadają moc znamionową max. od 1500 W do 17500 W, a ilość falowników będzie dopasowana odpowiednio do mocy instalacji. Załączył też oświadczenie producenta inwerterów – Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 27 lutego 2020 r. wskazujące, że wszystkie oferowane inwertery Sofar Solar spełniają wymagania niniejszego przetargu opisane w specyfikacji przetargu; inwertery będą miały maksymalną moc znamionową od 1500 W do 17500 W, zawarł też tabelę przypisującą poszczególnym modelom daną maksymalną moc znamionową: 1100TL – 1500 W, 1600TL –

1550 W, 2200TL – 2100 W, 3.3KTL-X – 3000 W, 4.4KTL-X – 4000 W, 5.5KTL-X – 5000 W, 6.6KTL-X – 6000 W, 8.8KTL-X – 8000 W, 11KTL-X – 9000 W, 12KTL-X – 12000 W, 15000TL – 15000 W, 20000TL-G2 – 17500 W, 25000TL-G2 – 17500 W, 30000TL-G2 – 17500 W, 33000TL-G2 – 17500 W, 36000TL – 17500 W.

Przystępujący ML System S.A. w piśmie z 27 lutego 2020 r. wyjaśnił, że „falownik model SYMO 20.0-3-M, zgodnie z załączonym do wyjaśnień oświadczeniem producenta, tj. Fronius International GmbH, może zostać zakwalifikowany jako falownik o mocy znamionowej 17,5 kW, czyli zgodny z wymaganiami SIWZ. Wyjaśnienia dotyczą wszystkich falowników w złożonej przez nas ofercie na Część A w poszczególnych regionach.” Załączył też oświadczenie przedstawiciela producenta – firmy Fronius Polska Sp. z o.o., w którym oświadczył on, że „falownik produkcji Fronius International GmbH, model SYMO 20.0-3-M może być zakwalifikowany jako falownik z niższą mocą znamionową niż wynikająca z oznaczenia. Możliwość ograniczenia mocy wyjściowej jest niewątpliwą zaletą falownika i pozwala na lepsze zoptymalizowanie pracy instalacji fotowoltaicznej. Moc w/w falownika można ustawić w sposób programowy na etapie produkcji, do wartości od 15,0 do 20,0 kW. Takie ograniczenie mocy falownika na etapie produkcji nie wymaga dodatkowych certyfikacji.” Następnie Zamawiający uznał oferty obu wykonawców za prawidłowe i dokonał czynności z 9 marca 2020 r. uznając ofertę przystępującego Hymon Energy S.A. za najkorzystniejszą dla części A wskazanych subregionów.

W złożonym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty Hymon Energy Sp. z o.o. w częściach A poszczególnych Subregionów jako najkorzystniejszej w zakresie zamówienia, podczas gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Hymon Energy Sp. z o.o., ML System S.A. w częściach A poszczególnych Subregionów jako niezgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na zaoferowanie w ofertach inwerterów, których moc znamionowa przekracza wartość określoną w punkcie 2.2. „Opis rozwiązania” załącznika nr 8A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Dokumentacja techniczna”, tj. przekracza wartość maksymalną 17,5 kW,

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o. i ML System S.A., pomimo że wprowadzili Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji mających istotny wpływ na czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w zakresie maksymalnej mocy znamionowej zaoferowanych przez nich inwerterów w częściach A poszczególnych Subregionów,

5. art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie z ww. wykonawcami niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji dotyczących treści złożonych przez nich ofert w częściach A poszczególnych Subregionów i doprowadzenie do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowania innych inwerterów niż określonych w ofercie pierwotnie złożonej przed upływem terminu składania ofert.

Przywołane przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którymi zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przy tym, jak wskazuje art. 7 ust. 3, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów oraz – zgodnie z punktem 17. – 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.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem [art. 87 ust. 2 pkt 3](#) ustawy Prawo zamówień publicznych, który zezwala zamawiającemu na poprawienie w ofercie innych omyłek niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Stosownie do dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 (ust. 1a i ust. 2 nie dotyczą przedmiotowego stanu faktycznego).

[Zgodnie](#) z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W punkcie 2.2 załącznika 8A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że „Zastosowane inwertery umożliwiają przetworzenie wytworzonego przez panele prądu stałego na prąd przemienny. W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5 kW. Inwertery muszą być zgodne z normą PN-EN 50438. Inwertery będą dobierane na podstawie mocy z paneli.”

W punkcie 3. załącznika 8A „Zestawienie podstawowych materiałów” wskazano w formie tabelarycznej: wymagania dla instalacji o mocy 1,12 kWp, 1,68 kWp, 2,24 kWp, 2,8 kWp, 3,36 kWp, 3,92 kWp, 4,48 kWp, 5,04 kWp, 5,6 kWp, 6,16 kWp, 6,72 kWp, 7,28 kWp, 7,84 kWp, 8,4 kWp, 8,96 kWp, 9,52 kWp i 39,2 kWp. W pozycji 3. każdej z tych tabel wskazano „inwerter fotowoltaiczny” z podaniem wymaganej mocy i liczby sztuk, w tym w tabeli dla instalacji o mocy 1,12 kWp inwerter 500 W, dla instalacji 1,68 kWp inwerter 1500 W, dla instalacji od 2,24 kWp do 9,52 kWp inwertery od 2,0 kW do 8,2 kW i dla instalacji o mocy 39,2 kWp inwerter 17,5 kW 2 sztuki. Dla pozostałych mocy instalacji takich tabel nie sporządzono.

W wyjaśnieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odpowiedzi udzielonej pismem z 7 października 2019 r. na pytanie nr 2 o treści: „prosimy również o doprecyzowanie, czy moce inwerterów dla instalacji 39,2 kWp, zamieszczone w tabeli w punkcie 3. załącznika 8A <<Dokumentacja techniczna>>, są mocami minimalnymi i wykonawca może w tym przypadku zaproponować dwa inwertery o mocy 20 kW?” Zamawiający wskazał, że „dopuszcza takie rozwiązanie”.

Zdaniem Izby, z powyższego wynika, że inwertery o przedziale mocy znamionowej wskazanej powyżej, tj. o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5 kW powinny być zaoferowane, co potwierdził przywoływany wyrok KIO 2631/19. Natomiast odstępstwo od tego zostało dopuszczone w instalacji o mocy 1,12 kWp, gdzie w tabeli wprost wskazano na inwerter 500 W oraz dla instalacji o mocy 39,2 kWp, co wynika z zacytowanej odpowiedzi nr 2 z 7 października 2019 r. Odpowiedź ta, w ocenie Izby, dotyczy wyłącznie instalacji o tej mocy, ponieważ wyłącznie tej instalacji dotyczyło pytanie, a Zamawiający odpowiedział jedynie, że dopuszcza takie rozwiązanie – w domyśle: jak wskazano w pytaniu.

O ile jeszcze zastosowany tryb oznajmujący, opisowy „w projektowanej instalacji zastosowano inwertery...” mógłby budzić w tym zakresie wątpliwości, to w punkcie 3. załącznika 8A

„Zestawienie podstawowych materiałów” w wymaganiach dla instalacji o mocy 39,2 kWp (najwyższej) wskazano wprost na zastosowanie 2 inwerterów 17,5 kW, co następnie zostało zmodyfikowane ww. odpowiedzią na 2 inwertery po 20 kW.

Termin składania ofert upłynął 15 października 2019 r.

Zamawiający wymagał podania w ofertach modeli oferowanych falowników. Nie wymagał przy tym bardziej szczegółowego opisywania tych falowników ani załączania dokumentów ich dotyczących, np. kart katalogowych czy innych opisów technicznych.

W złożonej ofercie – w załączniku nr 1A „Formularz cenowy” Hymon Energy Sp. z o.o. wskazał (w zakresie pozycji kwestionowanych w odwołaniu) następujące falowniki (kolumna „Typ instalacji, zgodnie z ST” oraz kolumna „Producent i typ oferowanych urządzeń (panela i falownika)”):

a) Subregion Tarnowski poz.: 42 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 20,16 kWp (dach, elewacja), Sofar Solar 20000TL-G2; 43 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 25,2 kWp (dach, elewacja), Sofar Solar 25000TL-G2; 44 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp (dach, elewacja), Sofar Solar 36000TL; 45 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp (instalacja na gruncie), Sofar Solar 36000TL;

b) Subregion Wielicki poz.: 21 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 21,84 kWp, Sofar Solar 20000TL-G2; 22 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 22,4 kWp, Sofar Solar 20000TL-G2; 23 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 25,2 kWp, Sofar Solar 25000TL-G2; 24 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 29,12 kWp, Sofar Solar 30000TL-G2; 25 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 30,8 kWp, Sofar Solar 30000TL-G2; 26 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 33,6 kWp, Sofar Solar 33000TL-G2; 27 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp, Sofar Solar 36000TL; 28 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,76 kWp, Sofar Solar 36000TL; 60 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 26,32 kWp (dach, elewacja), Sofar Solar 25000TL-G2; 61 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 30,24 kWp (dach, elewacja), Sofar Solar 30000TL-G2; 62 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 30,24 kWp (instalacja na gruncie) Sofar Solar 30000TL-G2; 63 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp (dach, elewacja) Sofar Solar 36000TL; 64 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp (instalacja na gruncie), Sofar Solar 36000TL;

c) Subregion Olkuski poz.: 19 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 35,00 kWp, Sofar Solar 36000TL; 20 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp, Sofar Solar 36000TL; 50 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 24,64 kWp (instalacja na gruncie), Sofar Solar 25000TL-G2;

d) Subregion Miechowski poz.: 18 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 19,6 kWp, Sofar Solar 20000TL-G2; 19 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp, Sofar Solar 36000TL; 64 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 28,00 kWp (dach, elewacja), Sofar Solar 30000TL-

G2; 65 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,2 kWp (dach, elewacja), Sofar Solar 36000TL.

W złożonej ofercie – w załączniku nr 1A „Formularz cenowy” ML System S.A. wskazał (w zakresie pozycji kwestionowanych w odwołaniu) następujące falowniki (kolumna „Typ instalacji, zgodnie z ST” oraz kolumna „Producent i typ oferowanych urządzeń (panela i falownika)”):

a) Subregion Tarnowski poz. 43 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 25,2 kWp (dach, elewacja), Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M;

b) Subregion Wielicki poz.: 23 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 25,2 kWp, Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M; 24 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 29,12 kWp, Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 3.0-3-M; 25 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 30,8 kWp, Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 3.0-3-M; 26 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 33,6 kWp, Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 5.0-3-M; 28 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 39,76 kWp, Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 8.2-3-M; 60 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 26,32 kWp (dach, elewacja), Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M; 61 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 30,24 kWp (dach, elewacja), Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 3.0-3-M; 62– Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 30,24 kWp (instalacja na gruncie), Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M, SYMO 3.0-3-M;

c) Subregion Olkuski poz.: 19 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 35,00 kWp, Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M; SYMO 5.0-3-M;

d) Subregion Miechowski poz.: 64 – Instalacje fotowoltaiczne o mocy min. 28,00 kWp (dach, elewacja), Falownik Producent: Fronius Polska Sp. z o. o. TYP: SYMO 20.0-3-M.

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Analogiczna zasada została wyrażona w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Tym samym zarówno Odwołujący, Zamawiający, jak i Przystępujący w równej mierze zobowiązani byli przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń i obalenie twierdzeń przeciwnika.

Zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (odwoławczego), zaś zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Zamawiający nie przejawiał żadnej inicjatywy dowodowej.

Odwołujący i Przystępujący przedstawili szereg dokumentów na potwierdzenie swoich stanowisk, które wyrażali także podczas rozprawy i w składanych pismach procesowych.

Na podstawie wypowiedzi ustnych i pisemnych Stron i Przystępujących Izba ustaliła, że w ramach stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odwoławczego wysoce prawdopodobnym jest, że Zamawiający oraz przystępujący Hymon Energy Sp. z o.o. i ML System S.A. nie zwrócili uwagi na zawarty przez projektanta w dokumentacji technicznej opis „W projektowanej instalacji zastosowano inwertery jeden o mocy znamionowej od 1,5 kW do 17,5 kW” będący jednocześnie wymogiem dla oferentów zaofferowania inwerterów o mocy znamionowej o takim przedziale – z dwoma wyżej wskazanymi odstępstwami 500 W i 20 kW – lub też nie zinterpretowali go jako wymogu technicznego ich obowiązującego. Jednak niewątpliwie znajdował się on w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co już zostało powyżej wskazane.

Po potwierdzeniu tej okoliczności wyrokiem sygn. KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2623/19, KIO 2629/19, KIO 2631/19 Zamawiający zobowiązany został tę kwestię wyjaśnić przez wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień, jaka jest moc znamionowa falownika w świetle wymogu specyfikacji, aby moc ta wynosiła maksymalnie 17,5 kW, tj. upewnić się, że inwertery o takim zakresie mocy znamionowej zostały zaofferowane.

Wykonawcy w swoich wyjaśnieniach potwierdzili, że dostarczą inwertery o mocy do 17,5 kW. I, jak wskazał jako podsumowanie swojego stanowiska Zamawiający podczas rozprawy, „skoro producent twierdzi, że taki inwerter jest, to Zamawiający powinien wybrać wykonawcę i dopilnować podczas wykonywania zamówienia” (tj. żeby wykonawca wykonał zamówienie zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W ocenie Izby, z przedstawionych oświadczeń Przystępujących oraz producenta Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. i przedstawiciela producenta Fronius Polska Sp. z o.o. wynika, że producenci ci – pod wskazaną w ofercie nazwą – wyprodukują i dostarczą falowniki o wymaganym przedziale mocy znamionowej, a jeśli będzie taka potrzeba formalna, przygotują również stosowną dokumentację tych urządzeń.

Zatem sytuacja byłaby prosta do wykonania zgodnie z założeniem Zamawiającego, aby „wykonawcę wybrać i dopilnować podczas wykonywania zamówienia” – pod warunkiem, że

byłaby to sytuacja, w której uczestniczyłyby wyłącznie dwie strony, działające w ramach możliwości swobodnego kształtowania umowy, o którą opiera się proces kształtowania wyboru kontrahenta i warunków realizacji świadczenia według Kodeksu cywilnego. Jednak przedmiotowy wybór wykonawcy odbywa się w trybie otwartego przetargu zorganizowanego w ramach zamówienia publicznego, w którym Zamawiający musi dokonać wyboru jednego spośród kilku wykonawców oferujących swoje usługi i tego wyboru musi dokonać zgodnie z zasadami, którymi kierują się zamówienia publiczne, tj. z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystego trybu tego wyboru. Tym samym zaakceptowanie wyboru jednego z wykonawców w sposób proponowany przez Zamawiającego, mogłoby powodować – i najprawdopodobniej powodowałoby – poczucie pokrzywdzenia wśród innych wykonawców – nie tylko Odwołującego, ale też tych wykonawców, których oferty w tym postępowaniu zostały odrzucone z różnych powodów, podczas gdy oni również byliby chętni do zmodyfikowania swoich ofert i dostosowania ich do wymagań Zamawiającego. Naruszałoby to zarówno uczciwą konkurencję pomiędzy nimi, wyrażającą się m.in. równym ich traktowaniem, jak też i transparentność wyboru tego wykonawcy, z którym Zamawiający finalnie podpisze umowę.

Poczucie wykonawców, że w danym postępowaniu zachowana została uczciwa konkurencja, jest kwintesencją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to poczucie najczęściej intuicyjne, zależne od wielu czynników – dlatego też jest najczęstszym przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, którego orzeczenia wskazują model postępowania w celu zachowania owej uczciwej konkurencji i tym samym kierunek interpretacji pewnych zachowań wykonawców i zamawiających, które mogą być uznane za zgodne z wymogami uczciwej konkurencji lub nie.

Takimi dwoma orzeczeniami, które można tu przywołać i którymi m.in. kierowała się Izba wydając niniejszy wyrok, są wyroki z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. oraz z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser przeciwko Manova A/S.

W pierwszym z nich – co do „oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji” Trybunał wskazał, że gdy złożone zostaną oferty, zasadniczo nie mogą one zostać zmienione ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy kandydata. Zasada równego traktowania kandydatów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości sprzeciwiają się bowiem wszelkim negocjacjom pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatami. Dopuszczenie, by instytucja zamawiająca mogła zwrócić się do kandydata, którego ofertę uważa za niedokładną lub niezgodną z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, z żądaniem udzielenia wyjaśnień w tym względzie mogłoby bowiem w przypadku, w którym oferta tego kandydata zostałaby ostatecznie przyjęta, prowadzić do

wrażenia, że owa instytucja zamawiająca negocjowała tę ofertę potajemnie, na szkodę innych kandydatów i z naruszeniem zasady równego traktowania. Owi kandydaci nie mogą się zresztą skarżyć na to, że na instytucji zamawiającej nie spoczywa w tym względzie jakikolwiek obowiązek, ponieważ brak jasności oferty wynika jedynie z uchybienia ich obowiązku dochowania staranności przy formułowaniu oferty, któremu podlegają tak samo jak inni kandydaci. Jednakże przepisy nie sprzeciwiają się, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. W konsekwencji Trybunał wskazał, że artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (odpowiednik art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie sprzeciwia się przepisowi prawa krajowego, wedle którego zasadniczo instytucja zamawiająca może na piśmie zażądać od kandydatów udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty, nie żądając jednak i nie przyjmując jakiegokolwiek zmiany oferty. Przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.

W drugim z przywołanych wyroków – odwołując się szeroko do wyroku C-599/10 – Trybunał wskazał, że jednym z głównych celów, jakim służą przepisy prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, jest zapewnienie swobody świadczenia usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich. Osiągnięciu tego podwójnego celu służy między innymi zasada równego traktowania oferentów oraz wynikający z niej obowiązek przejrzystości. Zastosowanie zasady równego traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest więc celem samym w sobie, lecz należy je rozpatrywać w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją zatem na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Trybunał zaznaczył jednak, że zasada uczciwej konkurencji nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych, żądanie wyjaśnień nie może jednak prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty. Zatem korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób równy i lojalny, tak by

żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano. Powyższe zasady dotyczące ofert złożonych przez oferentów można zastosować do zgłoszeń składanych przez kandydatów (wg nomenklatury ustawy Prawo zamówień publicznych chodzi tu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz część „podmiotową” oferty dotyczącą podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu). Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdania finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń. Inaczej jednak jest w sytuacji, gdy materiały dotyczące zamówienia wymagają przedstawienia brakującego dokumentu lub informacji pod rygorem wykluczenia. Instytucja zamawiająca powinna bowiem ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów.

W konkluzji Trybunał wskazał, że „zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane.”

Przekładając zatem stan faktyczny postępowania, którego dotyczył wyrok C-336/12 (chodziło tam o brak załączenia wymaganego sprawozdania finansowego wykonawcy) z powrotem na ofertę, od której zaczął Trybunał (gdyż „uczciwa konkurencja” jest pojęciem pojmowanym jednolicie w każdym aspekcie oferty, czy to podmiotowym, czy przedmiotowym) – co do zasady oferta nie może być w żaden sposób i w żadnym aspekcie zmieniona po upływie terminu na jej złożenie, ale w pewnych wypadkach uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami będzie zachowana, pomimo że zamawiający zezwoli na jej poprawienie lub uzupełnienie, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu składania ofert, chyba że rygorem braku tych danych lub danych wadliwych jest wykluczenie wykonawcy bądź odrzucenie jego oferty. Przy czym żądanie takie nie może powodować poczucia wśród wykonawców nieuzasadnionego bardziej korzystnego traktowania tego wykonawcy (tu dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień). Przy czym wyjaśnienia lub uzupełnienia

takie mają być „zwykłym” wyjaśnieniem lub usuwać oczywiste błędy rzeczowe i nie mogą doprowadzić *de facto* do przedstawienia nowej oferty.

Przy czym, w użytym sformułowaniu „negocjacje” Trybunał ujął nie tylko negocjacje w rozumieniu art. 72 Kodeksu cywilnego, jako proces komunikowania się celem osiągnięcia porozumienia, lecz także milczące zezwolenie na zmianę lub przyjęcie zmiany oferty nawet w jej niewielkim aspekcie.

W związku z powyższym Izba rozważyła przede wszystkim, czy wskazanie przez Przystępujących w ofertach modeli falowników oraz udzielone przez nich późniejsze wyjaśnienia co do parametrów tych urządzeń w zakresie mocy znamionowej, mają przymiot obiektywnej wiedzy o tym, jaki był przedmiot oferty w chwili jej składania i, czy dane wskazane w wyjaśnieniach mogły być obiektywnie uznane za podane w ofercie (choćby nie wprost, ale w ramach jej wykładni).

Zasady wykładni oświadczeń zostały przedstawione w art. 65 i art. 65¹ Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje; natomiast art. 65¹ Kodeksu cywilnego stanowi, że przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń.

Zgodnie z definicją słownikową „Słownika języka polskiego” (www.sjp.pwn.pl) „obiektywny” to:

1. „odznaczający się obiektywizmem, wolny od uprzedzeń”, 2. „istniejący niezależnie od poznającego podmiotu”, a „obiektywizm” to: 1. „przedstawianie i ocenianie czegoś w sposób zgodny ze stanem faktycznym, niezależnie od własnych opinii, uczuć i interesów”, 2. „w ontologii: pogląd, zgodnie z którym przedmiot poznania istnieje poza podmiotem poznającym i niezależnie od niego; w aksjologii: stanowisko, które przypisuje wartościom istnienie niezależne od świadomości”.

Powyższe oznacza, że co do zasady oświadczenia należy interpretować tak, jak to wynika z „normalnego”, standardowego – powszechnego czy profesjonalnego – rozumienia danych pojęć. Innymi słowy: czy zainteresowany, poszukujący danych o parametrach poszczególnych oferowanych falowników mógł ustalić, że kwestionowane modele posiadają moc znamionową w przedziale od 1,5 kW do 17,5 kW.

Zamawiający nakazał wymienienie w ofertach modeli oferowanych falowników dla każdej z mocy instalacji fotowoltaicznych. Na tej podstawie można ustalić „normalne”, zwykle oferowane przez producenta i sprzedawców parametry tych urządzeń.

Żaden z Przystępujących, podając w ofertach proponowane modele, nie zaznaczył, że posiadają one parametry inne niż urządzenia oferowane standardowo (czy to przez określenie

„zmodyfikowany”, „rated power”, „special series”, czy jakiegokolwiek inne), zatem złożone oświadczenia należy odnosić do standardowych wersji falowników, które w zwykłej, powszechnie dostępnej ofercie posiadają jedne, określone wartości mocy znamionowej.

Przystępujący Hymon Energy Sp. z o.o. potwierdził w swoim stanowisku twierdzenie Odwołującego, że obecne dotychczas na rynku (wprowadzane do obrotu) falowniki posiadały i posiadają następujące moce znamionowe: 20000TL-G2 – 20000 W, 25000TL-G2 – 25000 W, 30000TL-G2 – 30000 W, 33000TL-G2 – 33000 W, 36000TL – 36000 W i tak było do października 2019 r., kiedy to producent, po ustaleniach z Przystępującym, podjął decyzję o modyfikacji mocy znamionowej w niektórych produkowanych modelach falowników.

Jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego oraz obu Przystępujących w postępowaniu odwoławczym twierdzeń i dokumentów – nawet więc, jeśli producent zdecydował się zmienić parametry urządzeń i wprowadzić do obrotu ich inną wersję obok wersji podstawowej – już niezależnie czy to przed terminem składania ofert, czy też po – nie jest to fakt, który można uznać za obiektywnie znany.

Jeśli chodzi o falowniki Sofar Solar – to powszechnie dostępne, a nawet możliwe do uzyskania przy szczególnym staraniu, dane o kwestionowanych falownikach wskazują na parametry mocy znamionowej wyższej niż 17,5 kW i ani dystrybutorzy, ani własni pracownicy producenta, nie posługiwali się innymi danymi, ani nie oferowali inwerterów o zmienionych parametrach. Jak wskazał przystępujący Hymon Energy Sp. z o.o., powołując się na oświadczenie producenta, informacja o tych zmianach nie znalazła się też nawet na stronie internetowej producenta. Zatem wiedza ta istniała wyłącznie w wyjaśnieniach udzielanych przez Shenzhen Sorafsolar Co. Ltd. w niniejszym postępowaniu przetargowym i odwoławczym – w okresie po złożeniu ofert. Natomiast sama oferta Shenzhen Sofarsolar Co. Ltd. z 14 października 2019 r. złożona przystępującemu Hymon Energy Sp. z o.o., na którą powoływał się Przystępujący, istniała tylko pomiędzy tymi podmiotami i tylko im była znana, zatem nie ma charakteru obiektywnej informacji w rozumieniu przyjętym przez Trybunał. Nie ma też do niej odniesienia (do zmienionych parametrów) w ofercie złożonej Zamawiającemu. Tym samym, wobec braku wskazania w ofercie złożonej Zamawiającemu, że jest to inna wersja urządzenia oraz braku możliwości obiektywnego ustalenia, że taka wersja istnieje na rynku, choćby w przyszłych planach (producenci różnych urządzeń często bowiem decydują się na publiczne ogłoszenie zapowiedzi wprowadzenia nowych czy zmienionych modeli) – nie można stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do próby zmiany złożonych ofert w stosunku do parametrów falowników, które można było stwierdzić na podstawie oznaczenia wskazanych w ofertach modeli – co na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazującego zmiany oferty należy uznać za działanie bezskuteczne. Dodatkowo zgoda na powyższe, w opinii Izby – jak już wskazano powyżej – mogłaby prowadzić wśród innych wykonawców do wrażenia, że zamawiający negocjował oferty w tym

znaczeniu, że zgodził się na ich zmiany i poczucia pokrzywdzenia tych wykonawców, którym nie dopuszczono modyfikacji ofert, co jest wyraźnie sprzeczne z powyżej przywołanym stanowiskiem Trybunału.

Analogiczna sytuacja zaistniała w stosunku do oferty złożonej przez ML System S.A., zatem również do niej odnosi się powyższa argumentacja. Nawet więc jeśli producent Fronius uznał, że możliwe jest zmniejszenie mocy znamionowej ze standardowo oferowanej do wymaganej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to fakt ten nie wynikał ani z samej oferty, ani z powszechnie dostępnych lub możliwych do uzyskania danych o produktach, a jedynie z deklaracji producenta złożonej Zamawiającemu 27 lutego 2020 r.

I nie ma tu znaczenia, że niezgodność ta wynosiła jedynie 4%, czy też, że zmiana była łatwa do osiągnięcia, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stopniuje wartości niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a wyjątek wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma tu zastosowania (nie jest to nieistotna omyłka, którą Zamawiający mógłby poprawić we własnym zakresie).

Nieprawidłowe jest także twierdzenie, że oferta ta jest poprawna, ponieważ moc znamionowa falowników nie przekracza dopuszczonej wartości 20 kW. Jak wynika z powyżej przytoczonej odpowiedzi na pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający dopuścił ten wyjątek wyłącznie w zakresie wskazanym w pytaniu, tj. dla instalacji fotowoltaicznych o mocy min. 39,2 kWp, zamieszczonych w tabeli w punkcie 3. załącznika 8A do specyfikacji – zatem jedynie falowniki o mocy 20,0 kW dla tych instalacji można uznać za poprawne. Nie ma to jednak wpływu na całość oferty.

Wbrew też twierdzeniu przystępującego ML System S.A. Izba w wyroku KIO 2599/19, KIO 2601/19, KIO 2623/19, KIO 2629/19, KIO 2631/19 nie dopatrzyła się zrównania przez Izbę pojęć mocy znamionowej z maksymalną mocą wyjściową, czy też wskazania, że moc znamionowa może być regulowana tak jak moc wyjściowa. Na marginesie Izba zauważa, że możliwość ograniczania mocy wyjściowej była osobnym wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który w trakcie postępowania przetargowego został zmodyfikowany – wynika to choćby wprost z kolejnej odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 7 października 2019 r. (pytanie nr 4 – „prosimy o rezygnację z wymogu posiadania przez falownik ograniczenia mocy wyjściowej”).

Należy tu podkreślić, że Zamawiający nie powinien dokonywać wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jedynie *pro forma*, lecz jest zobowiązany ocenić żądane wyjaśnienia wykonawców i dokonać tego w sposób prawidłowy i wnikliwy – co w tym wypadku było konieczne wobec znanego mu już na tym etapie zarzutu Odwołującego dotyczącego wartości parametrów mocy znamionowej urządzeń. Ostatecznie Zamawiający, choć nie

musiał, z jakiejś przyczyny zażądał podania w ofercie modeli oferowanych falowników – zatem konsekwentnie powinien dokonać odpowiedniego sprawdzenia oferty pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zezwolenie, w ramach udzielonych przez Przystępujących wyjaśnień, na zmianę treści oferty w zakresie zaoferowania innych inwerterów niż wynikające ze złożonych ofert i zaniechanie odrzucenia ofert, które powinny podlegać odrzuceniu jako niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na zaoferowanie inwerterów, których moc znamionowa przekracza wartości progowe określone w punkcie 2.2. załącznika nr 8A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmodyfikowane wyjaśnieniami specyfikacji (odpowiedź nr 2 z 7 października 2019 r.); a w konsekwencji – uznanie za najkorzystniejszą oferty, która powinna zostać odrzucona jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego Hymon Energy Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców Hymon Energy Sp. z o.o. oraz ML System S.A. jako niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie: Subregionu Tarnowskiego – w części A, Subregionu Wielickiego – w części A, Subregionu Olkuskiego – w części A i Subregionu Miechowskiego – w części A.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. Subregionach w części A. Jakkolwiek co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba zauważa, że, choć jest on często przywoływany w odwołaniach w związku z zarzutami zaniechania odrzucenia ofert, to literalnie brzmi on: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, zatem dotyczy prawidłowej oceny ofert (przyznawania punktacji) w ramach kryteriów oceny ofert, nie zaś kwestii odrzucania ofert.

Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak wprost wskazuje jego treść, nie dotyczy przedmiotowego stanu faktycznego, ponieważ odnosi się jedynie do informacji dotyczących wykluczenia z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji, nie zaś zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, zatem nie stanowi podstawy prawnej związanej z przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

Natomiast, jeśli chodzi o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiera on trzy przesłanki: 1) przedstawienia informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, 2) przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, 3) charakteru tych informacji jako mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Lekkomyślność i niedbalstwo są pojęciami zaczerpniętymi z prawa karnego, wyjaśnionymi m.in. w art. 7 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny wskazującym, że przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie (tj. lekkomyślność), jak i wtedy, gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć (tj. niedbalstwo).

O ile można się zgodzić z Odwołującym, że posiadanie lub nieposiadanie przez oferowany produkt parametrów wymaganych opisem przedmiotu zamówienia jest informacją istotną i mającą wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w zakresie odrzucenia lub nieodrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, o tyle nie zostało udowodnione, że informacje te zostały przez Przystępującego przedstawione w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa lub też, że są to informacje nieprawdziwe.

Jak wynika z oświadczeń obu producentów inwerterów, nie przeczyli oni faktowi, że oferowane falowniki standardowo posiadały czy posiadają moc znamionową wskazaną przez Odwołującego, wynikającą z dostępnych na rynku kart katalogowych – zadeklarowali jedynie, że wyprodukują i dostarczą, pod podanym w ofercie oznaczeniem modelu, falowniki o wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrze – odpowiednio: „wszystkie oferowane inwertery Sofar Solar spełniają wymagania niniejszego przetargu opisane w specyfikacji przetargu; inwertery będą miały maksymalną moc znamionową od 1500 W do 17500 W” oraz „falownik model SYMO 20.0-3-M, zgodnie z załączonym do wyjaśnień oświadczeniem producenta, tj. Fronius International GmbH, może zostać zakwalifikowany jako falownik o mocy znamionowej 17,5 kW, czyli zgodny z wymaganiami SIWZ”, co potwierdzili później podczas rozprawy.

Izba nie uznała tego za informacje nieprawdziwe, ponieważ nie budziło podczas rozprawy wątpliwości, że producenci są w stanie takie falowniki wyprodukować i dostarczyć Zamawiającemu – jak wskazali w swoich oświadczeniach datowanych odpowiednio na 28 lutego i 27 lutego 2020 r. Z technicznego punktu widzenia jest to bowiem bezsporne i nie jest niczym nieprawdziwym – jedynie, ze względów formalnych, nie zezwala na to procedura udzielania zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzuty w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pomimo podziału sentencji na punkty i podpunkty, co było jedynie zabiegiem technicznym dla uzyskania jej większej przejrzystości – Izba uznała, że przedmiot sporu, pomimo wskazania przez Odwołującego kilku podstaw prawnych, w ramach których zakwalifikował działanie Zamawiającego – odwołanie dotyczy *de facto* jednej kwestii w stosunku do każdego z Przystępujących, dlatego też skutek (wynik) postępowania odwoławczego jest jeden, a mianowicie konieczność odrzucenia ofert obu Przystępujących.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając poniesione przez Odwołującego koszty wpisu w wysokości 20.000 złotych i koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....