

Sygn. akt: KIO 2353/21

WYROK
z dnia 24 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Dysie** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Lubartowie**

przy udziale wykonawcy **Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2353/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Dysie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Dysie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawcy **TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Dysie** na rzecz Zamawiającego - **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Lubartowie** kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Lubartowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę elektrowni fotowoltaicznej o mocy 0,98 MW wraz z niezbędną infrastrukturą* (znak postępowania: DRI/261/1/2021/UE).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 052 – 129861.

W dniu 5 sierpnia 2021 r. wykonawca TAYLOR Sp. z o.o. z siedzibą w Dysiu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez SMART EPC Sp. z o. o. w Gliwicach, w sytuacji gdy oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, ze względu na zaferowanie w jej treści dostawy i montażu urządzeń niespełniających istotnych, wymaganych przez Zamawiającego parametrów;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez SMART EPC Sp. z o. o. w Gliwicach, w sytuacji gdy oferta ta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
3. art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zamiarze udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i w jej wyniku odrzucenie oferty wykonawcy SMART EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnej z SIWZ i najkorzystniejszej ze względu na przyjęte kryterium oceny ofert, jaką jest w tym wypadku oferta Odwołującego;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa radcy prawnego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że wykonawca SMART EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach podał w „wykazie istotnych parametrów”, stanowiącym załącznik nr 7 do oferty, że oferuje Inwerter o maksymalnej mocy DC 2 x 18000 W. Tymczasem Zamawiający wymagał maksymalnej mocy DC Inwertera 2 x 19500 W. Parametr ten jest nie tylko niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, ale jest ponadto gorszy od tego, którego żądał Zamawiający, chociażby w kontekście potencjalnej możliwości rozbudowy instalacji w przyszłości. Uzasadniał, że parametry inwerterów takie jak maksymalne napięcie wejściowe, zakres napięcia MPP czy zakres napięcia znamionowego AC nie spełniają warunków wskazanych przez Zamawiającego. W takich samych okolicznościach Zamawiający odrzucał oferty innych wykonawców, a z niewyjaśnionych przyczyn odrzucenia oferty Wykonawcy SMART EPC Sp. z o.o. zaniechał. Oznacza to, że Zamawiający analizował oferty wybiórczo, jednych wykonawców odrzucając a innych nie, przy czym w oparciu o dokładnie to samo kryterium: niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący przedstawił tabelę porównawczą ofert złożonych w postępowaniu sporządzoną w oparciu o załącznik nr 7.

Odwołujący wskazał również na wyjaśnienia z 6 kwietnia 2021 roku do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (pytanie nr 5) i wskazał, że maksymalna moc DC 2 x 18000 W, to parametr obiektywnie gorszy niż oczekiwany przez Zamawiającego 2 x 19500 W. Uzasadniał, iż Zamawiający żądał, że „Wykonawca który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.” W ocenie odwołującego wykonawca SMART EPC Sp. z o.o., w żaden sposób tego nie wykazał. Tymczasem nie jest rolą Zamawiającego analizowanie czy oferowane urządzenia są równoważne, bo ciężar wykazania tego faktu spoczywa wyłącznie na Oferencie. Wykonawca SMART EPC Sp. z o.o. pomimo niezgodności oferowanych urządzeń z wymogami Zamawiającego nie udowodnił, iż są one równoważne, a mimo to Zamawiający zaniechał odrzucenia jego oferty.

Nadto Zamawiający zastrzegł, że „w przypadku gdy oferta Wykonawcy przewiduje inne (równoważne) rozwiązania techniczne i materiałowe od określonych w Projekcie wykonawczym i Warunkach przyłączenia nr 20-CO/WP/00026, Wykonawca zobowiązany jest do opracowania projektu wykonawczego zamiennego oraz uzyskania w odniesieniu do Projektu Zamiennego zatwierdzenia go przez PGE Dystrybucja (wraz z uzyskaniem nowych Warunków przyłączenia).” Mając na względzie czas potrzebny na sporządzenie w/w dokumentacji oraz dokonanie zmian, uwzględniając lokalne standardy procedur, nie jest realne, aby ten Wykonawca zdołał zrealizować przedmiot zamówienia w terminie 6 miesięcy od podpisania umowy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż wykonawca SMART EPC Sp. z o.o. w Gliwicach, wskazał w formularzu oferty, że część zamówienia realizowana będzie z udziałem Podwykonawcy: Elmax Sp. z o.o., wskazując, że zamierza powierzyć temu podwykonawcy „nadzór nad pracami projektowymi i budowlanymi.” Już samo to powinno skutkować odrzuceniem tej oferty, ponieważ w sytuacji gdy Wykonawca, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polega na zasobach innego podmiotu, podmiot ten ma brać faktyczny udział w realizacji zamówienia, w tym wypadku poprzez faktyczne wykonanie robót budowlanych. Skoro zatem Wykonawca w formularzu oferty wskazuje, że udział podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu, będzie brał udział w jego wykonaniu poprzez „nadzór”, to oznacza to że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w tym postępowaniu. Co istotne, oświadczenie to jest na tyle jednoznaczne, że nie wymaga żądania dodatkowych wyjaśnień przez Zamawiającego. Wykonawca ten wskazał jednocześnie w JEDZ, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będzie polegał na zasobach podwykonawcy Elmax Sp. z o.o. Do oferty Wykonawca dołączył pisemne zobowiązanie podwykonawcy, z którego jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że realizacja zamówienia przez podwykonawcę, w zakresie udostępnionych zasobów, polegać będzie na „nadzorze nad pracami projektowymi i budowlanymi przez cały okres realizacji zamówienia”.

Również z JEDZ podmiotu trzeciego udostępniającego Wykonawcy zasoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynika, że podmiot ten też nie miał zamiaru faktycznego udziału w realizacji zamówienia w szczególności poprzez wykonanie robót budowlanych, których zasoby udostępnił Wykonawcy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem jak wskazał „opracuje projekt wykonawczy zamienny oraz dostarczy i zamontuje panele i konstrukcję pod nie”.

Odwołujący wskazał, że abstrahując od pozorności udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca oświadcza w ofercie, że zamierza korzystać z usług podwykonawcy, to jednoczesny brak określenia zakresu podwykonawstwa powoduje, co do zasady, odrzucenie oferty.

Co prawda, wskutek wezwania Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2021 roku, wykonawca SMART EPC Sp. z o.o. wskazał Zamawiającemu jaką część zamówienia zamierza powierzyć Podwykonawcy oraz dołączył zmienione zobowiązanie Podwykonawcy, które w swojej treści zawierało zmienione oświadczenie Podwykonawcy, którego udział w realizacji przedmiotowego zadania miał polegać na faktycznym wykonaniu części robót, a nie jak pierwotnie wskazał Podwykonawca na „nadzorce nad pracami projektowymi i budowlanymi”, a więc całkowicie pozornym udziale tego Podwykonawcy w realizacji zadania.

Odwołujący wskazał, iż oceniając racjonalnie, zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania całokształt zgromadzonych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych, należy jednoznacznie stwierdzić, iż to „nowe” zobowiązanie jest iluzoryczne i spreparowane wyłącznie na potrzeby spełnienia oczekiwań Zamawiającego w zakresie wykazania warunków udziału w postępowaniu. Tak naprawdę, wezwanie Zamawiającego było na tyle sugestywne, że Wykonawca mimo iż jego pierwotny zamiar był inny, zrozumiał, że jeżeli nie zmieni sposobu udziału w realizacji zadania przez podmiot trzeci, na faktyczne wykonanie robót budowlanych, to jego oferta zostanie odrzucona. Takie postępowanie w ocenie Odwołującego jest jednak niedopuszczalne.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO, udział podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał w celu spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, nie może polegać na doradztwie i konsultacjach czy nadzorze, ale ma mieć postać rzeczywistego udziału tego podmiotu trzeciego w realizacji zadania, w zakresie w jakim udostępnił posiadane przez siebie zasoby. Wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą. Odwołujący powoła się na wyrok KIO z 17 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2082/16, wyrok KIO z dnia 13 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 359/17.

Na gruncie przedmiotowego postępowania, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego, z dwóch niezależnych od siebie przyczyn. Po pierwsze dlatego, że „nadzór” to zupełnie co innego niż faktyczne wykonywanie robót jako podwykonawca. Po drugie, nawet gdyby przyjąć że Wykonawca w wyniku złożonych wyjaśnień wskazał, że podmiot udostępniający zasoby będzie jednak faktycznie prace wykonywał jako podwykonawca, to kolejne nowe oświadczenie prowadzi w istocie do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne. Tym samym stwierdzić należy, że Wykonawca nie potwierdził skutecznie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani samodzielnie ani z wykorzystaniem udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, że w orzecnictwie KIO informacjom o zakresie zamówienia, który zostanie powierzony podwykonawcy, nadaje się większe znaczenie niż danym dotyczącym tego, kto konkretnie będzie wykonywał określoną część zamówienia. W wyroku KIO z dnia 20 lutego 2017 r. (sygn. akt: KIO 236/17) Izba przesądziła jednoznacznie, że brak określenia zakresu podwykonawstwa wbrew wymaganiom zamawiającego, stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący

powołał się na wyrok KIO z dnia 7 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 221/16 oraz wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1708/16.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, uczynił to z naruszeniem przepisów prawa. Po pierwsze wzywając Wykonawcę do „wyjaśnienia treści złożonego formularza ofertowego Wykonawcy w zakresie wskazania jaką część zamówienia będzie realizował Podwykonawca”, co jak zostało wykazane wcześniej, jest niedopuszczalne. Po drugie, dokonując wyboru oferty Wykonawcy, która powinna zostać odrzucona, z omówionych wcześniej przyczyn. Po trzecie, dokonując wyboru oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w tym postępowaniu, a Zamawiający w sposób sugerujący wezwał go do zmiany oświadczenia. Takie postępowanie nie odpowiada zasadzie równego traktowania wykonawców, ponieważ oferta Odwołującego będąca zgodną z prawem oraz SIWZ, nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający wybrał ofertę, która tych przymiotów nie miała.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 września 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie parametru „zakres napięcia znamionowego AC inwerterów” Zamawiający wskazał, że w odpowiedziach z dnia 06.04.2021 r. na pytania Wykonawców Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania inwerterów o zakresie napięcia znamionowego AC wynoszącym 360-440V – a tymczasem urządzenia zaoferowane przez SMART EPC Sp. z o.o. posiadają szerszy zakres napięcia po stronie AC (310-480 V), co oznacza, że są w stanie pracować nie tylko w zakresie napięć dopuszczonym wprost przez Zamawiającego, ale również przy niższym i wyższym napięciu (innymi słowy: zakres 360-440V dopuszczony przez Zamawiającego zawiera się w zaoferowanym przez SMART EPC Sp. z o.o. zakresie 310-480 V).

Analogicznie - nie sposób zarzucić ofercie SMART EPC Sp. z o.o. niezgodności z warunkami zamówienia w odniesieniu do „zakresu napięcia MPP” inwerterów, ponieważ urządzenia zaoferowane przez SMART EPC Sp. z o.o. posiadają szerszy zakres napięcia MPP (230-960 V), niż wymagany w SWZ (480-800 V), co oznacza, że są w stanie pracować nie tylko w zakresie napięć określonym w SWZ, ale również poniżej, jak i powyżej tego zakresu.

Dalej Zamawiający wskazał, że w odpowiedziach z dnia 06.04.2021 r. na pytania Wykonawców Zamawiający: - wprost potwierdził możliwość zastosowania inwerterów o maksymalnym napięciu wejściowym na poziomie 1100 V oraz - dopuścił możliwość zaoferowania inwerterów o maksymalnej mocy DC innej niż określone w SWZ 2x19500W, wskazując, że parametr ten winien być dobrany w oparciu o moc szczytową paneli zainstalowanych w danym stringu. Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że badając zgodność oferty z warunkami zamówienia należało odnieść się nie tylko do treści pierwotnej SWZ, ale także do wyjaśnień SWZ, w drodze których doszło do złagodzenia niektórych z wymagań Zamawiającego (rozumianego jako dopuszczenie urządzeń o innych parametrach niż wskazane nominalnie w SWZ). Oferta SMART EPC Sp. z o.o. spełnia te „złagodzone” wymagania w zakresie czterech wymienionych wyżej parametrów.

Zamawiający wskazał, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniami odwołania jakoby Zamawiający *„analizował oferty wybiórczo, jednych Wykonawców odrzucając, a innych nie”*. Podkreślił, że przywołane przez Odwołującego odrzucone oferty nie są tożsame (nie są porównywalne) z ofertą Przystępującego, co obrazuje tabela zawarta w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający zauważył, że nie odrzucił żadnej oferty z powodu zaoferowania inwerterów o maksymalnej mocy DC innej niż wskazane wprost w SWZ 2x19500W. W zakresie natomiast pozostałych trzech parametrów kwestionowanych przez Odwołującego wyraźnie da się zauważyć, że w odrzuconych ofertach zaoferowano urządzenia oczywiście niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego (niewłaściwe maksymalne napięcie wejściowe, zakresy napięcia MPP oraz napięcia znamionowego AC nieobejmujące całego spektrum wymaganego przez Zamawiającego).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że Przystępujący we właściwy sposób wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. IX ust. 2 pkt 1) SWZ, polegając w tym zakresie na zdolnościach firmy ELMAX Sp. z o.o. Zamawiający nie zgadzał się z zawartą w odwołaniu tezą, że brak określenia zakresu podwykonawstwa miałby powodować odrzucenie oferty. W ocenie Zamawiającego – w świetle przepisów nPZP, jak również w świetle dorobku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz opinii prawnych Urzędu Zamówień Publicznych, wypracowanych na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [zwanej dalej: „starą ustawą”] – byłaby to zbyt daleko idąca konsekwencja. Zamawiający wskazał, że cytowane w odwołaniu wyroki KIO (wyrok z dn. 07.03.2016 r. w sprawie KIO 221/16, wyrok z dn. 26.09.2016 r. w sprawie KIO 1708/16 oraz wyrok z dn. 20.02.2017 r. w sprawie KIO 236/17) reprezentują tylko jedną z dwóch wypracowanych w powyższej materii przez KIO linii orzeczniczych, która to linia orzecznicza nie została szerzej zaaprobowana. W datowanej później niż ww. wyroki opinii prawnej UZP wskazał – powołując się na przepisy dyrektyw oraz orzeczenie KIO zaliczane

do mniej formalistycznej linii orzeczniczej – że oświadczenie o podwykonawcach nie stanowi treści oferty, tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia (zob. Informator Urzędu Zamówień Publicznych październik-grudzień 2017 r., str. 41 i n. oraz por. wyroki KIO w sprawach: KIO 1073/18, KIO 947/20). Pogląd wynikający z powyższej opinii UZP pozostaje zdaniem Zamawiającego aktualny również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy, co potwierdzają wypowiedzi przedstawicieli doktryny i specjalistów z zakresu prawa zamówień publicznych. Zamawiający przywołał orzecznictwo KIO reprezentujące pogląd przeciwny do stanowiska Odwołującego.

Zamawiający podkreślił, że w ofercie Przystępującego zakres podwykonawstwa został określony, a następnie – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – jedynie doprecyzowany poprzez wyjaśnienie jak należy rozumieć użyte w ofercie Przystępującego sformułowanie „podwykonawstwo w zakresie nadzoru nad pracami projektowymi i budowlanymi przez cały okres trwania realizacji zamówienia” (zgodnie z art. 223 ust. 1 nPZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert). Skoro zatem, opierając się na cytowanej wyżej opinii UZP, za dopuszczalne można uznać określenie zakresu podwykonawstwa po terminie składania ofert, to tym bardziej za dopuszczalne należało uznać dokonanie po tym terminie doprecyzowania (wyjaśnienia) tego zakresu.

W ocenie Zamawiającego brak jest też powodu, dla którego należałoby uznać zmienione (doprecyzowane) zobowiązanie podwykonawcy do udostępnienia zasobów za „iluzoryczne” i odmawiać mu waloru dokumentu potwierdzającego oddanie niezbędnych zasobów do dyspozycji Przystępującego. Zwrócić bowiem należy uwagę, że zgodnie z art. 118 ust. 3 nPZP Wykonawca, który polega na zdolnościach [...] podmiotów udostępniających zasoby, składa, [...] wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy [...] (taką kwalifikację potwierdza także UZP w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych dostępnym pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/repozytorium-dokumentow-nowe-pzp/komentarz-do-nowego-pzp> – s. 454). Skoro zatem ustawodawca uznał powyższe zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby za podmiotowy środek dowodowy, to w konsekwencji właściwy jest wniosek, że owo zobowiązanie – tak jak inne dokumenty z tej kategorii - zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - jeżeli nie zostanie złożone, jest niekompletne lub zawiera błędy – może zostać złożone, poprawione lub uzupełnione.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wskazał, że uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień i dokumentów złożonych przez Przystępującego dnia 24.06.2021 r. za prawidłowe i potwierdzające spełnianie przez tego wykonawcę warunku udziału

w zakresie zdolności zawodowej – było czynnością w pełni uprawnioną, co w konsekwencji oznacza, że dokonując jej, Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp ani art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę SMART EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 6 sierpnia 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę SMART EPC Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 sierpnia 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 września 2021 r. Izba wzięła również pod uwagę i zaliczyła w poczet materiału sprawy złożoną przez Zamawiającego odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego z dnia 17 września 2021 r. wraz z załącznikami.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron i Uczestnika – na podstawie art. 541 ustawy Pzp - oddaliła wniosek Przystępującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny fotowoltaiki na okoliczność potwierdzenia, że oferta Przystępującego stanowi ofertę równoważną w rozumieniu przepisów SWZ, albowiem parametry techniczne podane w ofercie, tj. maksymalna moc DC, maksymalne napięcie wejściowe, zakres napięcia MPP oraz zakres napięcia znamionowego AC nie były parametrami gorszymi niż parametry

wymagane przez Zamawiającego, a nadto a) ww. parametry techniczne zapewniają te same funkcjonalności, jakość, wydajność przetwornic co parametry techniczne określone w wymagach Zamawiającego, b) ww. parametry techniczne nie wpłyną negatywnie na funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej, c) maksymalna moc inwerterów wskazana w ofercie Przystępującego została dobrana właściwie mając na uwadze moc szczytową paneli zainstalowanych w danym stringu.

Zgodnie z art. 541 ustawy Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych albo spoza tej listy, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (art. 539 ust. 2 ustawy Pzp zdanie pierwsze).

W świetle powyższego wskazać należy, iż zadaniem Izby w toku postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które Izba rozpoznaje w granicach zarzutów odwołania. Uwzględniając powyższe wskazać należy, iż ocena zarzutu dotyczącego zgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia determinowana była przede wszystkim wymogami wynikającymi z SWZ wraz z wyjaśnieniami nałożonymi na potencjalnych wykonawców zamówienia, w tym w zakresie sposobu wykazania równoważności oferowanego urządzenia. Innymi słowy, ustalenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy wymagało, czy i jakie wymagania zostały nałożone na wykonawców w zakresie parametrów technicznych oferowanych inwerterów oraz w jaki sposób, w przypadku oferowania produktu równoważnego, wykonawca obowiązany był wykazać Zamawiającemu, że oferowane urządzenie jest równoważne do referencyjnego opisanego w SWZ. W ocenie Izby rozstrzygnięcie powyższej kwestii nie wymagało wiadomości specjalnych, lecz odnosiło się do wykładni postanowień specyfikacji, co też przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego czyniło nieprzydatnym do rozpoznania sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV opisu przedmiotu zamówienia:

3. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

W celu oceny równoważności materiałów i urządzeń zaoferowanych przez Wykonawcę w stosunku do materiałów i urządzeń określonych w Projekcie wykonawczym Zamawiający będzie się kierował kryteriami równoważności określonymi w rozdziale 2 „Materiały” STWiOR (Załącznik nr 4 do OPZ).

4. Dopuszczenie rozwiązań równoważnych opisywanym w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Pzp

1) Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 Pzp, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

2) Zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których Opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że Wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w Opisie przedmiotu zamówienia.

Z kolei zgodnie z rozdziałem 2 „Materiały” STWiOR pkt 2.5.7 wskazał, że urządzenie typu beztransformatorowego. Przetwornica powinna posiadać wyświetlacz LCD do lokalnego ustawiania parametrów. Łączna moc przetwornic nie może być niższa niż moc znamionowa całej instalacji. Parametry elektryczne powinny być spełnione w następujących kwestiach:

(...)

Po stronie prądu stałego(DC):

- maks. moc DC: 2x19 500W
- maks. napięcie wejściowe: 1000 V
- zakres napięcia MPP – 480 – 800 V

Strona prądu przemiennego (AC):

- zakres napięcia znamionowego AC: 277 V – 520 V.

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 2 pkt 1 SWZ, wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że:

1) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie polegające na:

a) budowie lub dostawie z montażem i uruchomieniu instalacji OZE lub MIOZE tj. powyżej 50 kW zgodnie z Rozporządzeniem Komisji Europejskiej 2016/631 z dnia 14 kwietnia 2016 r. ustanawiającym Kodeks sieci dotyczący wymogów w zakresie przyłączania jednostek wytwórczych do sieci (NC RfG), zakończonej pozytywnym odbiorem ze strony operatora sieci elektroenergetycznej

lub

b) wykonaniu i uruchomieniu co najmniej jednego przyłączenia instalacji elektroenergetycznej o mocy co najmniej 200 kW, zakończonym pozytywnym odbiorem ze strony operatora sieci elektroenergetycznej.

Zgodnie z rozdziałem XXXIII SWZ, zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań w ramach realizacji zamówienia.

W załączniku nr 7 do oferty pn. Wykaz istotnych parametrów Zamawiający dla inwertera postawił następujące wymagania:

1. maksymalna moc DC – 2x19500 W
2. maksymalne napięcie wejściowe – 1000 V
3. zakres napięcia MPP – 480 – 800V
4. zakres napięcia znamionowego AC – 277 V – 520 V.

W wyjaśnieniach SWZ z 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 o treści „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań o nie gorszych parametrach niż te przyjęte w projektach, przy przyjęciu warunku że zmiana urządzeń i materiałów nie spowoduje wydłużenia terminu realizacji umowy. Dotyczy paneli fotowoltaicznych, konstrukcji pod panele, inwerterów oraz stacji SN/Nn.” Zamawiający wyjaśniał, iż „Wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej. Wykonawca który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W przypadku gdy oferta Wykonawcy przewiduje inne (równoważne) rozwiązania techniczne i materiałowe od określonych w Projekcie wykonawczym i Warunkach przyłączenia nr 20-CO/WP/00026, Wykonawca zobowiązany jest do opracowania projektu wykonawczego zamiennego oraz uzyskania w odniesieniu do Projektu Zamiennego zatwierdzenia go przez PGE Dystrybucja (wraz z uzyskaniem nowych Warunków przyłączenia)”.

W wyjaśnieniach SWZ z 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 9 o treści „Czy Zamawiający zaakceptuje inwertery o mocy znamionowej 30 000 W oraz maksymalnej mocy DC 2x18 000 W? W przypadku zastosowania łącznej mocy inwerterów wyższej od mocy znamionowej całej instalacji jest to wartość wystarczająca.” Zamawiający wyjaśnił jak w pytaniu nr 5 oraz dodał że „maksymalna moc DC inwerterów winna być dobrana w oparciu o moc szczytową paneli zainstalowanych w danym stringu”.

W wyjaśnieniach SWZ z 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 10 o treści „Czy Zamawiający zaakceptuje inwertery, które mają maksymalne napięcie wejściowe na poziomie 1100 V? Jest to wartość parametru lepsza od wymaganego 1000 V.” Zamawiający wyjaśnił jak w pytaniu nr 5 oraz dodał, że „w przypadku zastosowania

inwerterów która mają maksymalne napięcie wejściowe na poziomie 1100 V należy zastosować aparaturę po stronie DC przystosowaną do pracy przy tym napięciu”.

W wyjaśnieniach SWZ z 6 kwietnia 2021 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 o treści „Według obowiązującej normy PN-IEC 60038:1999 (napięcia znormalizowane IEC) w Polsce wartość skuteczna napięcia międzyfazowego w sieciach niskiego napięcia (nn), przy częstotliwości sieci 50 Hz, wynosi 400 V+/- 10%. Wymaganie aby falownik posiadał zakres napięciowy 277 – 520 V jest w tym wypadku bezzasadne. Dlatego wnioskujemy o zawężenie wymaganego zakresu napięcia po stronie AC na zakres 360 – 440 V” Zamawiający wyjaśnił, że „dopuszcza zastosowanie inwerterów o zakresie napięcia po stronie AC na zakres 360 – 440 V pod warunkiem dotrzymania zgodności urządzenia z kodeksem NC Rfg”.

Wykonawca SMART EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w załączniku nr 7 do oferty oświadczył, że oferuje inwerter SOFAR SOLAR model SOFAR 30000TL-G2 o:

1. maksymalnej mocy DC 2 x 18000 W,
2. maksymalne napięcie wejściowe – 1100 V,
3. zakres napięcia MPP – 230 – 960 V,
4. zakres napięcia znamionowego AC – 310 – 480 VAC.

Ponadto wykonawca Smart EPC Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą kartą katalogową inwertera, instrukcję obsługi i instrukcję montażu, świadectwa zgodności, deklaracje zgodności.

Wykonawca Smart EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w formularzu oferty (pkt 12) oświadczył, że zamówienie zamierza powierzyć następującemu podwykonawcy:

ELMAX Sp. z o.o. w zakresie: nadzór nad pracami projektowymi i budowlanymi. Wykonawca załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. ELMAX Sp. z o.o. z którego wynika, że ww. podmiot oddaje do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby, o których mowa w punkcie IX podpunkt 2.1 SWZ, tj.:

1. *zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:*

Wiedza i doświadczenie w postaci wykonania i uruchomienia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednego przyłączenia instalacji elektroenergetycznej o mocy co najmniej 200 kW, zakończonym pozytywnym odbiorem ze strony operatora sieci elektroenergetycznej;

2. *sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego tę zasoby przy wykonywaniu zamówienia:*

podwykonawstwo w zakresie nadzoru nad pracami projektowymi i budowlanymi przez cały okres trwania realizacji zamówienia

3. *czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących*

wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą

tak, w zakresie nadzoru nad pracami projektowymi i budowlanymi przez cały okres trwania realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 15 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę SMART EPC Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści załączonego do oferty podmiotowego środka dowodowego w postaci pisemnego zobowiązania innego podmiotu wystawionego przez Elmax Sp. z o.o. poprzez sprecyzowanie sposobu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów Elmax Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia, a także zakresu realizacji przez Elmax Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, na czym konkretnie będzie polegało podwykonawstwo Elmax Sp. z o.o. (w jakim zakresie wykonawca zamierza powierzyć firmie Elmax Sp. z o.o. realizację robót objętych przedmiotem zamówienia), a w szczególności jak należy rozumieć sprawowanie przez Elmax Sp. z o.o. „nadzoru nad pracami projektowymi i budowlanymi”, o którym mowa w oświadczeniu tej firmy – w kontekście przepisu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, mając na względzie że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby powinno potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że: „zamierza powierzyć Podwykonawcy faktyczne wykonanie robót budowlanych w części dotyczącej przyłączenia instalacji fotowoltaicznej do sieci elektroenergetycznej. Osobiste zaangażowanie ELMAX jest wskazane z perspektywy wartości zasobów udostępnianych przez rzezonego Podwykonawcę na potrzeby inwestycji. ELMAX jest doświadczony w wykonaniu i skutecznym uruchomieniu przyłączenia instalacji elektroenergetycznej o mocy co najmniej 200 kW, zakończonego pozytywnym odbiorem ze strony operatora sieci elektroenergetycznej, co uzasadnia osobiste zaangażowanie ELMAX w tej materii. Podwykonawstwo ELMAX Sp. z o.o. będzie polegać w szczególności na realizacji następujących prac: wykonanie robót przygotowawczych i ziemnych dla przewodów AC po stronie nN, budowa linii kablowej SN oraz stacji transformatorowej, montaż stacji transformatorowej (w tym montaż rozdzielnic SN, rozdzielnic głównej nN oraz rozdzielnic potrzeb własnych AC/DC), montaż i dostawa przewodów AC po stronie nN, budowa linii kablowej SN i przyłączenie jej do sieci elektroenergetycznej, uzgodnienie warunków przyłączenia do sieci z lokalnym operatorem, wykonanie niezbędnej dokumentacji, przygotowanie dokumentacji odbiorowej, wykonanie niezbędnych prac projektowych w zakresie przyłączenia instalacji do sieci elektroenergetycznej, rozruch i uruchomienie instalacji elektroenergetycznej.

Sprawowanie przez ELMAX „nadzoru” nad pracami projektowymi i budowlanymi oznacza, iż ELMAX jest bezpośrednio odpowiedzialny za faktyczne wykonanie prac odnoszących się do przyłączenia instalacji fotowoltaicznej. Innymi słowy użyte w oświadczeniu pojęcie „nadzór” oznacza że Podwykonawca będzie zajmował się ww. spectrum robót. By zakres prac jaki ma zrealizować osobiście ELMAX nie wprowadzał w błąd Zamawiającego i innych podmiotów działających w ramach przetargu nieograniczonego, w załączeniu przekazuję nową wersję pisemnego zobowiązania ELMAX, które precyzuje jego zakres obowiązków jako Podwykonawcy.”

Z treści nowego zobowiązania podmiotu Elmax Sp. z o.o. wynikało m.in., że:

1. zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:

Wiedza i doświadczenie w postaci wykonania i uruchomienia w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednego przyłączenia instalacji elektroenergetycznej o mocy co najmniej 200 kW, zakończonym pozytywnym odbiorem ze strony operatora sieci elektroenergetycznej;

2. sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

podwykonawstwo przez cały okres trwania realizacji zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych polegających na przyłączeniu instalacji fotowoltaicznej do sieci, takich jak: roboty przygotowawcze i ziemne dla przewodów AC po stronie nN, budowy linii kablowej SN oraz stacji transformatorowej, montaż stacji transformatorowej (w tym montaż rozdzielnic SN, rozdzielnic głównej nN oraz rozdzielnic potrzeb własnych AC/DC), montaż i dostawa przewodów AC po stronie nN, budowa linii kablowej SN i przyłączenie jej do sieci elektroenergetycznej, uzgodnienia warunków przyłączenia do sieci z lokalnym operatorem, wykonanie niezbędnej dokumentacji, przygotowanie dokumentacji odbiorowej, wykonanie niezbędnych prac projektowych w zakresie przyłączenia instalacji do sieci elektroenergetycznej, rozruch i uruchomienie instalacji elektroenergetycznej.

3. czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

tak, podmiot udostępniający zasoby wykona roboty budowlane w zakresie przyłączenia instalacji fotowoltaicznej do sieci, takie jak: roboty przygotowawcze i ziemne dla przewodów AC po stronie nN, budowy linii kablowej SN oraz stacji transformatorowej, montaż stacji transformatorowej (w tym montaż rozdzielnic SN, rozdzielnic głównej nN oraz rozdzielnic potrzeb własnych AC/DC), montaż i dostawa przewodów AC po stronie nN, budowa linii kablowej SN i przyłączenie jej do sieci elektroenergetycznej, uzgodnienia warunków przyłączenia do sieci z lokalnym operatorem, wykonanie niezbędnej dokumentacji,

przygotowanie dokumentacji odbiorowej, wykonanie niezbędnych prac projektowych w zakresie przyłączenia instalacji do sieci elektroenergetycznej, rozruch i uruchomienie instalacji elektroenergetycznej.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty SMART EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający wskazał, że nie sposób zarzucić ofercie SMART EPC Sp. z o.o. niezgodności z warunkami zamówienia w odniesieniu do zakresu napięcia MPP inwerterów, ponieważ urządzenia zaoferowane przez wykonawcę posiadają szerszy zakres napięcia MPP (230 – 960 V), niż wymagany w SWZ (480 – 800 V), co oznacza, że są w stanie pracować nie tylko w zakresie napięć określonym w SWZ, ale również poniżej, jak i powyżej tego zakresu.

Ponadto Zamawiający wskazał, że badając zgodność oferty z warunkami zamówienia należało odnieść się nie tylko do treści pierwotnej SWZ, ale także do wyjaśnień SWZ, w drodze których doszło do złagodzenia niektórych z wymagań Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że w odpowiedziach z dnia 6 kwietnia 2021 r. na pytania wykonawców Zamawiający:

- wprost potwierdził możliwość zastosowania inwerterów o maksymalnym napięciu wejściowym na poziomie 1100 V,
- dopuścił możliwość zaoferowania inwerterów o maksymalnej mocy DC innej niż określone w SWZ 2x19500W, wskazując, że parametr ten winien być dobrany w oparciu o moc szczytową paneli zainstalowanych w danym stringu, które to wymagania spełniają inwertery zaoferowane przez SMART EPC Sp. z o.o., posiadające maksymalną moc 2 x 18 000 W,
- dopuścił możliwość zastosowania inwerterów o zakresie napięcia znamionowego AC wynoszącym 360 – 440 V, a urządzenia oferowane przez SMART EPC Sp. z o.o. posiadają szerszy zakres napięcia po stronie AC (310 – 480 V), co oznacza, że są w stanie pracować nie tylko w zakresie napięć dopuszczonym wprost przez Zamawiającego, ale również przy niższym i wyższym napięciu (innymi słowy: zakres 360 – 440 V dopuszczony przez Zamawiającego zawiera się w zaoferowanym przez SMART EPC Sp. z o.o. zakresie 310 – 480 V).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez SMART EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach.

Przedmiotem zawisłego sporu była ocena, czy oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia w zakresie następujących parametrów oferowanych inwerterów, tj.: maksymalnej mocy DC, maksymalnego napięcia wejściowego, zakresu napięcia MPP oraz zakresu napięcia znamionowego, w tym czy Przystępujący wykazał, że oferowane urządzenie (SOFAR 30000TL-G2) jest równoważne do referencyjnego opisanego w SWZ (SolarMax 30SHT firmy SolarMax). Ponadto Odwołujący podniósł, iż parametr „maksymalna moc DC 2 x 18 000 W” oferowanego inwertera, to parametr obiektywnie gorszy niż oczekiwany przez Zamawiającego 2 x 19 500 W. Bezsprzecznie Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 6 kwietnia 2021 r. (pyt. Nr 5) dopuścił m.in. dla inwerterów możliwość zastosowania materiałów lub urządzeń równoważnych, o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej. Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne obowiązany był wykazać, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Wskazać przy tym trzeba, iż Zamawiający poza żądaniem złożenia przez wykonawców załącznika nr 7 do SWZ (wykaz istotnych parametrów) nie uszczegółowił w specyfikacji za pomocą jakich środków wykonawca winien wykazać, że oferowane urządzenie równoważne spełnia wymogi Zamawiającego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp).

Tytułem wstępu wskazać należy, iż wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia stanowią integralną część SWZ i wiążą wszystkich wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia publicznego. Badanie ofert złożonych w postępowaniu winno odbywać się zatem z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego. Wobec powyższego za bez znaczenia należało uznać podnoszą przez Odwołującego okoliczność zaniechania przez Zamawiającego modyfikacji załącznika nr 7 do

SWZ z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych wykonawcom w dniu 6 kwietnia 2021 r. Poza tym gdyby nawet przyjąć, iż niezmodyfikowana treść załącznika nr 7 do SWZ wprowadzała wykonawców w błąd w zakresie wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych inwerterów, to zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie Izby poglądem, niejasności czy sprzeczności wynikające ze specyfikacji nie mogą obciążać wykonawców.

Odnosząc się do parametru dotyczącego zakresu napięcia znamionowego AC inwerterów wskazać należy, iż Odwołujący pominął wiążące wykonawców wyjaśnienia treści SWZ z dnia 6 kwietnia 2021 r. pyt. Nr 12, w których Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania inwerterów o zakresie napięcia znamionowego AC wynoszącym 360-440V. Z kolei zaoferowane przez Przystępującego urządzenie posiada szerszy zakres napięcia, tj. 310 – 480 V, co – zdaniem Zamawiającego - oznacza, że jest w stanie pracować nie tylko w zakresie napięć dopuszczonym wprost przez Zamawiającego, ale również przy niższym i wyższym napięciu. Analogicznie rzecz ma się w przypadku parametru dotyczącego zakresu napięcia MPP inwerterów. Zaoferowane przez Przystępującego inwertery posiadają szerszy zakres napięcia MPP (230-960 V), niż wymagany w SWZ (480-800 V), co oznacza, że są w stanie pracować nie tylko w zakresie napięć określonym w SWZ, ale również poniżej, jak i powyżej tego zakresu. W tym miejscu podkreślić należy, iż Odwołujący nie twierdził, że szerszy zakres napięcia znamionowego AC oraz napięcia MPP oferowanych przez Przystępującego inwerterów, to parametry obiektywnie gorsze od oczekiwanych przez Zamawiającego.

Przechodząc do parametru dotyczącego maksymalnego napięcia wejściowego wskazać należy, że Odwołujący nie uwzględnił wyjaśnień treści SWZ z dnia 6 kwietnia 2021 r. pyt. nr 10, w którym wykonawca wnioskował o zaakceptowanie przez Zamawiającego inwerterów o maksymalnym napięciu wejściowym na poziomie 1100 V, wskazując jednocześnie, że jest to parametr lepszy od wymaganego (1000 V). W odpowiedzi na przedmiotowe pytanie Zamawiający potwierdził możliwość zastosowania inwerterów posiadających maksymalne napięcie wejściowe na poziomie 1100 V, dodając że w takiej sytuacji należy zastosować aparaturę po stronie DC przystosowaną do pracy przy tym napięciu. W świetle powyższego nie można uznać, iż oferta Przystępującego w zakresie ww. parametru była sprzeczna z warunkami zamówienia, skoro oferowany inwerter posiada maksymalne napięcie wejściowe 1100 V, wprost dopuszczone przez Zamawiającego.

Podobnie rzecz ma się w przypadku parametru dotyczącego maksymalnej mocy DC (2x19 500 W). W ramach wyjaśnień SWZ z dnia 6 kwietnia 2021 r. (pyt. Nr 9) Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania inwerterów o maksymalnej mocy DC innej niż określona w SWZ wskazując jednocześnie, że parametr ten winien być dobrany w oparciu o moc szczytową paneli zainstalowanych w danym stringu. Wobec powyższego nie można uznać, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie parametru

dotyczącego maksymalnej mocy DC, skoro oferowany inwerter posiada maksymalną moc DC 2x18 000W. Dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający nie odrzucił oferty żadnego wykonawcy z powodu zaofierowania inwerterów o maksymalnej mocy DC innej niż 2x19 500 W.

W tym miejscu wskazać należy, iż stanowisko Odwołującego jakoby Zamawiający „analizował oferty wybiórczo, jednych Wykonawców odrzucając innych nie” było nietrafione także w zakresie pozostałych trzech parametrów oferowanych inwerterów. Jak wyjaśnił w toku rozprawy i wykazał w odpowiedzi na odwołanie (w tabeli) Zamawiający urządzenia zaofierowane przez pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, których oferty odrzucono, w sposób oczywisty nie spełniały wymogów SWZ (niewłaściwe maksymalne napięcie wejściowe, zakresy napięcia MPP oraz napięcia znamionowego AC nieobejmujące całego spektrum wymaganego przez Zamawiającego), z czym nie polemizował Odwołujący.

Następnie odnosząc się do podniesionej przez Odwołującego kwestii jakoby Przystępujący nie wykazał zgodnie z wymogami SWZ, że zaofierowane urządzenie równoważne (inwerter) spełnia wymagania Zamawiającego wskazać trzeba, iż Przystępujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 7 zawierający wykaz istotnych parametrów technicznych oraz szereg dokumentów dotyczących oferowanego inwertera SOFAR 30000TL-G2, tj. kartę katalogową inwertera, instrukcję obsługi i instrukcję montażu, świadectwa zgodności, deklaracje zgodności. Powyższe dokumenty (poza załącznikiem nr 7) nie zostały jednak przez Odwołującego zakwestionowane. Tym samym dokonana przez Odwołującego analiza treści oferty Przystępującego oparta wyłącznie na danych zawartych w załączniku nr 7 do oferty oraz w oderwaniu od wyjaśnień SWZ z dnia 6 kwietnia 2021 r. była niepełna. Jeżeli Odwołujący stał na stanowisku, że Przystępujący nie wykazał, iż oferowany inwerter spełnia wymogi Zamawiającego, to powinien dokonać kompleksowej weryfikacji treści oferty Smart EPC Sp. z o.o. i podważyć dokumenty dotyczące oferowanego produktu, czego w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie uczynił. Odwołujący wbrew regule, o której mowa w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił również żadnych dowodów potwierdzających prezentowane stanowisko.

W końcu wskazać należy, iż za gołosłowną Izba uznała argumentację Odwołującego, iż Przystępujący nie zdoła zrealizować przedmiotowego zamówienia publicznego w terminie 6 miesięcy od zawarcia umowy z uwagi na zaofierowanie rozwiązania równoważnego oraz związaną z tym konieczność opracowania projektu wykonawczego zamiennego. Odwołujący nie skonkretyzował stanowiska w powyższym zakresie, powołując się jedynie na „lokalne standardy procedur”.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez SMART EPC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w zakresie przedmiotowego zarzutu stał na stanowisku, iż Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 2 pkt 1 SWZ z dwóch przyczyn. Po pierwsze, dlatego, iż „nadzór” nie oznacza, że roboty budowlane będą faktycznie wykonywane przez dany podmiot jako podwykonawcę. Po drugie, gdyby nawet przyjąć, iż Przystępujący w wyniku złożonych Zamawiającemu wyjaśnień wykazał, że podmiot udostępniający zasoby faktycznie wykonana powierzone mu prace, to złożone przez Smart EPC oświadczenie stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Izba wskazuje, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (art. 118 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Dalej, stosownie do ust. 3 ww. przepisu, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zgodnie z ust. 4 art. 118 ustawy Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji

zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Z powyższych przepisów wynika zatem, że podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych art. 118 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp wymagają zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba wskazuje, iż Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 2 pkt 1 SWZ powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. Elmax Sp. z o.o. Tym samym obowiązkiem Przystępującego było wykazanie, iż ww. podmiot trzeci zrealizuje zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie. Izba wskazuje, że co do zasady słuszne było stanowisko Odwołującego, iż „nadzór nad pracami projektowymi i budowlanymi” w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie był wystarczający do uznania, że Przystępujący legitymuje się stosownym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu. Podnieść jednak trzeba, iż wykładnia art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, prowadzi do wniosku, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, co z kolei oznacza, że podlega on regulacji przewidzianej art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp, z której w niniejszej sprawie Zamawiający skorzystał wzywając Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie sposobu udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów Elmax Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia, a także zakresu realizacji przez Elmax Sp. z o.o. przedmiotu zamówienia. Wykonawca Smart EPC w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił jak należy rozumieć sporne sformułowanie wskazując w szczególności, iż *»Sprawowanie przez ELMAX „nadzoru” nad pracami projektowymi i budowlanymi oznacza, iż ELMAX jest bezpośrednio odpowiedzialny za faktyczne wykonanie prac odnoszących się do przyłączenia instalacji fotowoltaicznej.«*, jednocześnie załączając z własnej inicjatywy zobowiązanie podmiotu ELMAX precyzujące zakres jego

obowiązków jako podwykonawcy. W tym miejscu wskazać należy, iż Odwołujący nie podważał treści uzupełnionego zobowiązania podmiotu ELMAX, w szczególności w zakresie sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów przy wykonywaniu zamówienia. Tym samym błędne było stanowisko Odwołującego, iż niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu winno prowadzić do automatycznego odrzucenia oferty danego wykonawcy, z pominięciem regulacji, o której mowa w art. 122 lub 128 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego jakoby złożone samodzielnie przez Smart EPC zobowiązanie podmiotu trzeciego doprecyzowujące zakres prac, który zostanie zrealizowany przez ELMAX Sp. z o.o. prowadziło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż zamawiający jest uprawniony, a nie zobowiązany do żądania od wykonawców przedstawienia w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, o ile są już znani. Tym samym fakultatywność żądania od wykonawców podania informacji o części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy wskazuje na jej informacyjny charakter i nie wyznacza treści oferty. Charakteru takiego nie będzie miało jednak wskazanie przez wykonawcę w ofercie tych części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, w sytuacji określonej art. 60 ustawy Pzp. W sytuacji gdy zamawiający zdecyduje się zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań czy prac, oświadczenie wykonawcy złożone w ofercie co do zakresu realizowanych prac, stanowi treść przyszłego zobowiązania wykonawcy, a zatem podlega badaniu pod kątem przesłanki odrzucenia oferty. Podkreślić jednak należy, iż powyższa sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy, bowiem jak wynika z rozdziału XXXIII SWZ, zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań w ramach realizacji zamówienia.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe brak było podstaw do uznania, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonego w rozdziale IX ust. 2 pkt 1 SWZ. Tym samym zarzut, iż oferta Przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) i d) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Przewodniczący: