

Sygn. akt: KIO 2965/22  
KIO 2966/22

**Wyrok**  
**z dnia 25 listopada 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**  
**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Energetyka Solarna Ensol Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu (KIO 2965/22)**
- B. w dniu 8 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie (KIO 2966/22)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Rudnik**

przy udziale wykonawcy **Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Częstochowie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2965/22** po stronie **zamawiającego**

oraz

przy udziale wykonawcy **Hymon Fotowoltaika Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 2965/22, KIO 2966/22** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. A. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Energetyka Solarna Ensol Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu**.  
B. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie**.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Energetyka Solarna Ensol Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** oraz wykonawcę **Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20**

**000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wskazanych wykonawców po dziesięć tysięcy każdy, tytułem wpisów od odwołań.

- 2.1. Zasądza od wykonawcy przez wykonawcę **Energetyka Solarna Ensol Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu** na rzecz **Gminy Rudnik** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego;
- 2.2. Zasądza od wykonawcy **Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Częstochowie** na rzecz **Gminy Rudnik** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2022 poz. 17010 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: GMINA RUDNIK prowadzi postępowanie przetargowe o nazwie: Odnawialne źródła energii dla mieszkańców Gminy Rudnik” w formule: „zaprojektuj i wybuduj [nr ZP.271.6.2022; Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00211989/01 z dnia 2022-06-15

Wniesione odwołania dotyczą części 1 zamówienia.

Sygn. akt KIO 2965/22

Odwołujący: Energetyka Solarna ENSOL Spółka z o.o. z siedzibą w Raciborzu, wniósł dnia 8 listopada 2022 r. odwołanie zaskarżając:

1. zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
2. czynność odrzucenia oferty Odwołującego, mimo, iż oferta jest zgodna z warunkami zamówienia;
3. czynność wyboru oferty HYMON FOTOWOLTAIKA Sp. z o.o. z/s w Tarnowie w zakresie części 1 zamówienia, pomimo że zgodna z warunkami zamówienia oferta Odwołującego stanowiła najkorzystniejszą ofertę.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

[1] art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 218 ust. 2, art. 7 pkt 3 i pkt 29 oraz art. 99 PZP, poprzez czynność odrzucenia oferty Odwołującego bezpodstawnie przyjmując, iż oferta nie spełnia warunków zamówienia;

[2] art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w kontekście nie wpisania w formularzu ofertowym cen (jednostkowej oraz łącznej) dotyczących instalacji, której na etapie składania ofert Zamawiający nie zamawiał, a dotyczących urządzeń o mocy 2,65 kWp oraz 3,71 kWp z przeznaczeniem na elewację;

[3] art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 PZP przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy HYMON FOTOWOLTAIKA Sp. z o.o. z/s w Tarnowie w zakresie części 1 zamówienia, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W konsekwencji, wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty HYMON FOTOWOLTAIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w zakresie części 1 zamówienia;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3) dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu.

## U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający 3 listopada 2022 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty HYMON FOTOWOLTAIKA Sp. z o.o. w zakresie części 1 oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

### 3.1. Stan faktyczny

Zakres robót/prac w ramach zadania nr 1 obejmuje między innymi prace projektowe i roboty budowlane obejmujące: wykonanie instalacji fotowoltaicznych w budynkach mieszkalnych na terenie gminy Rudnik w oparciu o sporządzony PFU stanowiący integralną część SWZ. W świetle pkt III.1.2 SWZ Szczegółowy zakres rzeczowy przedmiotu umowy zawarty jest w SWZ, w opisie przedmiotu zamówienia oraz PFU stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ. Zgodnie z pkt III.1.3. SWZ, przedmiotem zamówienia dla części 1 jest: „Budowa instalacji fotowoltaicznych w ilości 305 szt”. Szczegółowy opis dla zadania 1 zawiera załącznik nr 4 do SWZ tj. Program funkcjonalno-użytkowy (PFU). Dookreślenie przedmiotu zamówienia w ramach zadania nr 1 wskazano zatem w PFU. Zgodnie z tabelą zawartą w pkt 1 PFU, zamawiana instalacja fotowoltaiczna obejmuje następujące moce i ilości:

- Instalacja fotowoltaiczna Min. 2,65; zamawiana ilość: 102; - Instalacja fotowoltaiczna Min. 3,71 zamawiana ilość: 82; - Instalacja fotowoltaiczna Min. 4,77 zamawiana ilość: 121.

Lokalizacje budynków objętych Projektem wraz z przyporządkowanym rodzajem instalacji zawiera załącznik nr 1 do PFU. Zgodnie z zał. 1 do PFU, zamawiana instalacja fotowoltaiczna obejmuje następujące moce, ilości i lokalizacje:

- Instalacja fotowoltaiczna Min. 2,65; zamawiana ilość: 102, w tym 89 sztuk – dach, 13 sztuk – grunt, 0 sztuk - elewacja;

- Instalacja fotowoltaiczna Min. 3,71 zamawiana ilość: 82, w tym 67 sztuk – dach, 15 sztuk – grunt, 0 sztuk - elewacja;

- Instalacja fotowoltaiczna Min. 4,77 zamawiana ilość: 121 w tym 110 sztuk – dach, 10 sztuk – grunt, 1 sztuka – elewacja.

Założenia ilościowe i umiejscowienia instalacji fotowoltaicznej zamieszczone w zał 1 do PFU zostały następnie przeniesione do treści formularza oferty (zał nr 1a do SWZ).

Opis sposobu obliczenia ceny określony został w pkt X.1 SWZ. W świetle pkt X.2. SWZ, cena oferty musi uwzględniać całkowity koszt realizacji prac obejmujący zakres opisany w PFU, a także wszelkie ewentualne dodatkowe koszty stanowiące ryzyko Wykonawcy. Zgodnie z pkt X.3 SWZ, „podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia - programu funkcjonalno-użytkowego (załącznik 4 do SWZ) oraz projektowanych postanowień umowy, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia (załącznik 5 do SWZ) – cena ryczałtowa. Cena ta będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków

opisanych w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy, stanowiących załącznik nr 5 do SWZ. Cenę oferty należy podać w następujący sposób: zgodnie z postanowieniami formularza oferty (załączniki 1a-1c do SWZ)”.

Wzór umowy stanowił zał 5 umowy. Zgodnie z § 14 ust. 1 umowy, Zamawiający przewidział możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w przypadkach określonych pierwotnie w ust. 1 i 2. W wyniku dokonanych zmian treści SWZ, doszło do dodania do § 14 ust. 2 punktu 6 zawierającego kolejną przesłankę zmiany umowy o treści: „6) Zmiana miejsca montażu instalacji (dach, grunt, elewacja) jest możliwa w przypadku zmiany decyzji mieszkańca dot. umiejscowienia instalacji). Wykonawca wykona instalacje w miejscu w wynikającym z decyzji mieszkańca za wynagrodzeniem odpowiadającym rodzajowi i umiejscowieniu tej instalacji wynikającej z formularza ofertowego.” Ponadto, w świetle § 14 ust. 5 umowy, „Zmiana postanowień niniejszej umowy może nastąpić jedynie wtedy, gdy nie jest ona sprzeczna z ustawą Prawo zamówień publicznych i wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności”.

Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców, na pytanie nr 18.7. „Czy Wykonawca ma wypełniać w formularzu ofertowym ceny dla instalacji, których Zamawiający nie przewiduje-wpisane zero w formularz?”, dokonał odpowiedzi: „Sposób wypełnienia formularza ofertowego, Zamawiający opisał w SWZ w rozdz. X – opis sposobu obliczenia ceny ust. 2”.

W decyzji o wyniku postępowania Zamawiający wskazał, iż wykonawca Energetyka Solarna ENSOL Sp. z o.o. złożył ofertę, w której nie określił producenta, modelu i typu modułu fotowoltaicznego oraz nie podał ceny takiego modułu dla pozycji, których ilość w formularzu ofertowym wynosiła ”0”. Z tego względu uznał, iż oferta nie spełnia wymagań w zakresie jej sporządzenia określonych w SWZ i uwzględniających treść odpowiedzi z 31 sierpnia 2022 r.

### 3.2. Zarzut z pkt 1 petitum odwołania

#### 3.2.1. Treść zarzutu i uzasadnienie

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W myśl definicji zawartej w art. 7 pkt 29 PZP przez warunki zamówienia należy rozumieć 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. Stosownie do art. 218 ust. 2 PZP, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. W doktrynie przyjmuje się, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP może mieć miejsce

wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia (por. M. Jaworska [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, do art. 226 PZP, Legalis). Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (por. M. Jaworska [red.], Prawo zamówień publicznych, komentarz do art. 226 PZP). Wskazując zakres informacji, jakie powinny się znaleźć w szczegółowym formularzu ofertowym zamawiający nadaje mu odpowiednią rangę. To w szczegółowym formularzu ofertowym stanowiącym istotną treść oferty następuje konkretyzacja treści świadczenia (por. M. Sieradzka [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 226 PZP, Legalis). Niezgodność należy odnosić do warunków zamówienia, a nie błędów formalnych (por. M. Sieradzka [red.], Prawo zamówień publicznych, komentarz do art. 226 PZP).

Podobne stanowisko reprezentuje KIO. W wyroku KIO 592/19), Izba w kontekście odrzucenia oferty z powodu niezgodności z warunkami wskazała, iż nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. W ocenie KIO, podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Aby wypełniła się przesłanka powodująca konieczność odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści SIWZ, musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie zaoferował wykonawca, a zamawiający ma obowiązek precyzyjnie wykazać tę niezgodność (wyrok KIO 1604/19). Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć powoływane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (por. wyrok KIO 2345/11).

Analogiczne stanowisko płynie z orzecznictwa sądów powszechnych. Odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty.

Zamawiający zobowiązany jest do szczegółowego określenia w dokumentach zamówienia wymagań związanych z jego wykonaniem przez dokonanie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami art. 99 PZP oraz określenie warunków realizacji zamówienia w projektowanych postanowieniach umowy, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy (por. M. Jaworska [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, do art. 226 PZP). Przez dokumenty zamówienia (art. 7 pkt 3 PZP) należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm specyfikacji warunków zamówienia, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (KIO 775/19). W wyroku KIO 273/20 Izba stwierdziła, że postanowienia SIWZ winny być czytane zgodnie z ich literalnym brzmieniem, być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości interpretacyjne na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Niejasności, dwuznaczności, niezgodności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców (KIO 2100/18, KIO 660/15). W ocenie Izby, powyższa reguła jasności i precyzyjności używanych przez zamawiającego sformułowań wynika z łacińskiej paremii: „In dubio contra proferentem” („Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi”).

Należy zwrócić uwagę, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby oferta Wykonawcy nie spełniała wymagań proceduralnych w zakresie jej sporządzenia określonych w SWZ i uwzględniających treść odpowiedzi Zamawiającego z 31 sierpnia 2022 r. W ocenie Odwołującego, zgodność oferty z warunkami zamówienia, o których mowa w art. 7 pkt 29 PZP w kontekście braku wpisania cen jednostkowych i ceny łącznej (tj. 0 zł) należy odnosić do samego zamówienia, a nie do procedury postępowania o udzielenie zamówienia. Nawet gdyby uznać, że w grę wchodziłyby tutaj wyłącznie kwestie proceduralne, to i tak brak wpisania ceny jednostkowej urządzenia z przeznaczeniem na elewację, jak i ceny łącznej wynoszącej 0 zł nie wpływa na meritum sprawy, albowiem nie było to przedmiotem zamówienia (o czym w dalszej części uzasadnienia zarzutu). Wymóg ten był stricte formalny, nie mający merytorycznego znaczenia. Dlatego twierdzenie Zamawiającego o sprzeczności oferty Odwołującego z wymaganiami proceduralnymi nie jest zasadne.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosi, iż zgodnie z pkt III. 1.3. SWZ, przedmiotem zamówienia dla części 1 jest: „Budowa instalacji fotowoltaicznych w ilości 305 szt”. Szczegółowy opis dla zadania 1 zawiera załącznik nr 4 do SWZ tj. Program funkcjonalno-użytkowy (PFU). Pozostałe wymagania określone zostały we wzorze umowy

stanowiącym zał 5 do SWZ. W pkt 1 PFU wskazano, iż przedmiotem w ramach zamówienia Wykorzystanie odnawialnych źródeł energii dla zad. „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców Gminy Krzanowice i Gminy Rudnik” są prace projektowe i roboty budowlane obejmujące wykonanie instalacji fotowoltaicznych, instalacji kolektorów słonecznych i instalacji pomp ciepła na potrzeby cwu w budynkach mieszkalnych na terenie gminy Rudnik. Tabela 1 zawiera liczbę poszczególnych instalacji.

W zakresie lokalizacji instalacji fotowoltaicznej o mocach 2,65 oraz 3,71 Zamawiający nie zamawiał urządzeń przeznaczonych na elewację obiektów budowlanych. Konsekwencją powyższego było przeniesienie przez Zamawiającego do wzoru formularza oferty (Załącznik nr 1a do SWZ) założeń ilościowych i umiejscowienia instalacji fotowoltaicznej zamieszczonych w załączniku nr 1 do PFU. W pkt X.2 SWZ, wskazano, iż cena oferty musi uwzględniać całkowity koszt realizacji prac obejmujący zakres opisany w PFU, a zatem sprowadzało się to m.in. do zamówionych 305 sztuk paneli fotowoltaicznych ze wskazaną przez Zamawiającego lokalizacją (dach, grunt oraz 1 sztuka instalacji o mocy 4,77 na elewację, którą Odwołujący określił w swojej ofercie). Zamawiający wskazał opis sposobu obliczenia ceny w pkt X.3. SWZ, zgodnie z którym, podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające z opisu przedmiotu zamówienia - programu funkcjonalno-użytkowego (załącznik 4 do SWZ) oraz projektowanych postanowień umowy, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia (załącznik 5 do SWZ) – cena ryczałtowa. Cena ta będzie stała i nie może się zmienić, za wyjątkiem przypadków opisanych w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy, stanowiących załącznik nr 5 do SWZ. Ponadto, w myśl powyżej powołanego punktu SWZ, cenę oferty należy podać w następujący sposób: zgodnie z postanowieniami formularza oferty (załączniki 1a-1c do SWZ).

Zatem, na etapie postępowania przetargowego, istotne dla wykonawców było to, jaki jest przedmiot zamówienia i jak należy określić cenę ofertową. W formularzu ofertowym (załącznik nr 1a do SWZ) dla zadania nr 1 dla dwóch pierwszych mocy urządzeń Zamawiający dokonał uzupełnienia ilości w tym poprzez wskazanie w pozycji elewacja zamawianą ilość wynoszącą 0 sztuk, co oznacza, że w zakresie ustalania ceny ofertowej wpisywanie wartości jednostkowej przy zamówieniu opiewającym na ilość 0 nie ma żadnego sensu, albowiem cena łączna – jak wynika choćby z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2022 r. na pytanie nr 18.7 - zawsze będzie wynosić 0 zł, gdyż ta pozycja nie była przedmiotem zamówienia i nie wchodziła w skład ceny. W ocenie Odwołującego, nie mają żadnego znaczenia dla kwestii zgodności oferty z warunkami zamówienia odpowiedzi



Zamawiającego na pytania oraz modyfikacja SWZ w zakresie zmian w § 14 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy z poniżej przedstawionych względów.

Po pierwsze, zgodnie z § 14 ust. 2 pkt 6 umowy, Zamawiający przewiduje możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następującym przypadku: zmiana miejsca montażu instalacji (dach, grunt, elewacja) jest możliwa w przypadku zmiany decyzji mieszkańca dot. umiejscowienia instalacji). Wykonawca wykona instalacje w miejscu w wynikającym z decyzji mieszkańca za wynagrodzeniem odpowiadającym rodzajowi i umiejscowieniu tej instalacji wynikającej z formularza ofertowego. Powołana wyżej przesłanka § 14 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy dotycząca zmiany umowy może ewentualnie nastąpić dopiero na etapie realizacji umowy, w razie zmiany decyzji mieszkańca dotyczącej umiejscowienia instalacji. Zatem, element ten nie podlega ocenie przez Zamawiającego na etapie wyboru oferty. Innymi słowy, w ramach zamówienia na instalację z przeznaczeniem na elewację, przykładowo wpisując w ramach rubryki „Cena netto jednostkowa” wartość 20 000 000 zł, cena ta nie jest brana pod uwagę przez na etapie badania ofert, a cena łączna brutto za te urządzenia będzie wynosić 0 zł.

Po drugie, komentowana cena jednostkowa za urządzenie z przeznaczeniem na elewację nie stanowi składnika ceny ofertowej, zatem nie podlega ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Nadal wykonawca, który uzupełni przedmiotowe rubryki nie oferuje tych urządzeń, zaś Zamawiający ich nie zamawia.

Po trzecie, w razie zaistnienia warunku, o którym mowa w § 14 ust. 2 pkt 6 umowy, powstaje możliwość zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, o ile każda ze stron wyrazi na to zgodę. Odwołujący zwraca uwagę, iż Zamawiający w § 14 ust. 5 wzoru umowy wyraźnie zastrzegł, że „Zmiana postanowień niniejszej umowy może nastąpić jedynie wtedy, gdy nie jest ona sprzeczna z ustawą Prawo zamówień publicznych i wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.” Oznacza to zgodne działanie obu stron umowy. Gdyby zaistnienie przesłanki z § 14 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy miało prowadzić do jednostronnej zmiany umowy przez Zamawiającego poprzez samo zgłoszenie tego faktu do wykonawcy, to Zamawiający zrehabilitowałby treść tego postanowienia w analogiczny sposób jak to uczynił w przypadku § 14 ust. 2 pkt 3: „3. Zmiany osobowe -zmiana osób koordynujących wykonanie obowiązków umownych ze strony Zamawiającego czy Wykonawcy – mogą nastąpić poprzez pisemne zgłoszenie tego faktu drugiej stronie i nie wymaga zawarcia aneksu do umowy, czy też § 14 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy: „4) Zmiany danych związanych z obsługą administracyjno-organizacyjną umowy (np. danych teleadresowych Wykonawcy, Zamawiającego itp.) zmiana może nastąpić poprzez pisemne zgłoszenie tego faktu drugiej stronie i nie wymaga zawarcia aneksu do umowy”. Zamawiający przedmiotowej przesłanki nie ukształtował w podany wyżej sposób, co

oznacza, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SWZ, w tym wzoru umowy należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Tym samym, dla przyszłej zmiany wynagrodzenia w ramach § 14 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy konieczna będzie zmiana umowy w formie pisemnego aneksu pod rygorem nieważności za zgodą każdej ze stron. Zmiana umowy wymaga zgody obu stron, co oznacza, że w razie zaistnienia przesłanek umownych o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP żadna ze stron nie ma prawa do jednostronnej zmiany umowy, ani do nakazania stronie drugiej zawarcia umowy o danej treści. W doktrynie podkreśla się, że zamawiający nie ma obowiązku dokonania zmiany umowy nawet wtedy, gdy proponowana zmiana jest w pełni zgodna z brzmieniem odpowiedniego przepisu (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych.). Potwierdza to orzecznictwo, gdzie wyrażono stanowisko, iż do zmiany umowy uzasadnionej okolicznościami wyczerpującymi przesłanki określone w art. 144 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 455 PZP) może dojść jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez strony umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 04 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 143/10). Co istotne również sam przepis art. 455 PZP nie przyznaje wykonawcy roszczenia o zmianę zawartej umowy. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, oznacza to, że w wypadku odmowy dokonania zmiany umowy przez zamawiającego, przepis art. 144 ust. 1 Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 455 PZP) nie może stanowić podstawy żądania zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego (por. wyrok SN z 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10).

Po czwarte wreszcie, w zaprezentowanej przez Zamawiającego konstrukcji formularza oferty w zakresie ceny jednostkowej urządzeń przeznaczanych na elewację, która na etapie badania oferty nie jest brana pod uwagę, a która uruchamiałyby się dopiero na etapie zmiany umowy za zgodą stron, mogłoby dojść do wydatkowania przez Zamawiającego środków publicznych w sposób niezgodny z PZP (z pominięciem choćby przepisów dotyczących zamówień powyżej progów unijnych), albowiem przykładowo wpisane ceny jednostkowej netto na abstrakcyjnym poziomie 20 000 000 zł za jedno urządzenie w sposób automatyczny wiązałyby Zamawiającego, gdyby doszło do zmiany dotychczas zamawianej lokalizacji (dach lub grunt) na nową (elewacja) i w rezultacie tego doszłoby do jednostronnej zmiany umowy przez Zamawiającego. Przy czym, podkreślenia zarazem wymaga, że Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie miałby żadnych instrumentów do odrzucenia oferty zawierającej tak zawyżone ceny jednostkowe urządzeń z przeznaczeniem na elewację.

Reasumując, skoro Zamawiający nie zamówił urządzeń fotowoltaicznych z przeznaczeniem na elewację i ten zakres nie został wyraźnie objęty przez Zamawiającego warunkami umowy co do którego należało wskazać jego cenę, która wchodziłaby w skład łącznej ceny ofertowej (element ten nie był bowiem cenotwórczy), a jednocześnie zakres ten może pojawić się

ewentualnie po zmianie umowy, i to pod warunkiem, że obie strony wyrażą zgodę na zmianę, to brak wskazania przez Odwołującego cen jednostkowych w pozycjach dotyczących nie zamawianych przez Zamawiającego urządzeń z przeznaczeniem na elewację nie oznacza sprzeczności oferty z warunkami zamówienia. Tym samym, wskazana przez Zamawiającego w czynności odrzucenia oferty niezgodność jako nie spełniająca wymagań proceduralnych w zakresie sporządzenia oferty zgodnie z SWZ, w istocie nie jest materialną (merytoryczną) niezgodnością zobowiązania Odwołującego wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego oczekuje Zamawiający i które opisał w SWZ, a stanowi co najwyżej formalny błąd o nikłym znaczeniu dla postępowania. W ocenie Odwołującego, skoro wpisanie w ramach rubryki „Cena netto jednostkowa” jakiegokolwiek wartości ceny daje i tak w każdym przypadku łączną cenę brutto wynoszącą 0 zł, to nie wypełnienie tych rubryk ma wyłącznie formalny charakter, który nie wpływa na merytoryczną zawartość oferty i jest irrelevantna dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym, wpisanie w formularzu ofertowym ceny jednostkowej netto urządzenia z przeznaczeniem na elewację jak i uzupełnienie ceny łącznej brutto tych urządzeń wykazującej wartość 0 zł nie miało dla Zamawiającego znaczenia zarówno w zakresie porównywalności ofert w kryterium ceny jak i pozacenowym, jak i na potrzeby prawidłowego wykonania przedmiotu umowy (do zmiany umowy konieczna jest zgoda obu stron, której na etapie składania ofert nie można w sposób automatyczny założyć). Tym samym, w ocenie Odwołującego, brak wpisania w formularzu ofertowym zarzucanych przez Zamawiającego wartości nie stanowiło istotnego elementu oferty, albowiem Zamawiający nie dokonał zamówienia urządzeń na elewację i tym samym nie jest to jednym z warunków zamówienia, o których mowa w art. 7 pkt 29 ustawy PZP. Oznacza to, że w oparciu o wskazaną przez Zamawiającego podstawę prawną oraz jej uzasadnienie nie można było skutecznie odrzucić oferty Odwołującego.

Z wyżej przytoczonych przyczyn zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 218 ust. 2, art. 7 pkt 3 i pkt 29 oraz art. 99 PZP należy uznać za zasadny.

### 3.3. Zarzut z pkt 2 petitum odwołania i uzasadnienie zarzutu

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w kontekście nie wpisania w formularzu ofertowym cen (jednostkowej oraz łącznej) dotyczących instalacji, które na etapie składania ofert Zamawiający nie zamawiał, a dotyczących urządzeń o mocy 2,65 kWp oraz 3,71 kWp z przeznaczeniem na elewację.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym

postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy jednoczesnym założeniu jasnych i klarownych postanowień SWZ (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 136/21). Zamawiający przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia musi ustalić, że oferta nie odpowiada tym warunkom oraz ma ona charakter trwały. W przedmiotowej sprawie, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty podnosi, iż zarzucanego Odwołującemu uchybienia nie da się usunąć, gdyż stanowiłoby to przejaw niedozwolonych negocjacji. Co do kwestii określenia ceny jednostkowej i łącznej (tj. wpisania w tym miejscu liczby 0 zł) urządzeń, w razie wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień, stanowisko Odwołującego byłoby analogiczne do uzasadnienia zarzutu nr 1 powyżej. Co do kwestii braku wpisania nazwy modelu i producenta tychże urządzeń przy urządzeniach przeznaczonych na elewację, to Odwołujący zwraca uwagę, iż w każdej konfiguracji swojej oferty w odniesieniu do mocy 2,65 kWp oraz 3,71 kWp przyjął ten sam model oferowany przez tego samego producenta, tj. KENSOL, Typ: KS400M-SH). W przypadku zmiany położenia urządzenia z dachu lub gruntu na elewację zmienia się natomiast wyłącznie zestaw montażowy, a samo urządzenie pozostaje. Zatem, w przypadku gdyby okazało się że jeden z zestawów fotowoltaicznych o mocy 2,65 kWp lub 3,71 kWp w określonej w PFU lokalizacji ( załącznik 1 do PFU) nie ma możliwości zamontowania we wskazany sposób (dach lub grunt) to dany zestaw jest „przenoszony” i montowany w nowe miejsce przy użyciu nowych zestawów montażowych. Ale cały czas mówimy – o tym samym zestawie fotowoltaicznym (dla konkretnego adresu/mieszkańca dobrany jest konkretny zestaw). Odwołujący zatem przyjął w cenie ryczałtowej, która jest niezmienna – iż w przypadku konieczności zmiany sposobu montażu danej instalacji wykona jej montaż w inny sposób/w nowej lokalizacji – zawsze w tej samej cenie (tj. w cenie przenoszonego zestawu). Dodatkowo należy podkreślić, iż autor PFU bardzo dokładnie wskazał miejsce i sposób montażu wszystkich 305 szt. zestawów fotowoltaicznych wskazując na adres danego domu i umiejscowienie zestawu paneli. Można założyć sytuację, iż któregoś z zestawów fotowoltaicznych o mocy 2,65 kWp lub 3,71 kWp rzeczywiście nie można zamontować wg doborów z PFU. Jednak do wyboru nie mamy tylko i wyłącznie elewacji. W przypadku, gdy nie możemy zamontować na dachu: mamy do wyboru grunt lub elewację i analogicznie: w przypadku gdy nie możemy zamontować instalacji na gruncie, mamy do wyboru dach lub elewację. Zatem pomimo teoretycznie mogących wystąpić komplikacji z montażem – można wyeliminować całkowicie montaż na elewacji. A to dany wykonawca będzie wykonywał projekty poszczególnych instalacji i to projektanci wykonawcy ostatecznie zadecydują o możliwych i koniecznych zmianach.

Należy podkreślić, iż montaż na elewacji jest najmniej popularnym sposobem montażu instalacji fotowoltaicznych – co zresztą potwierdza ilość takich instalacji występujących w przedmiotowym zamówieniu.

Biorąc pod uwagę wytyczne techniczne – czyli optymalny kąt montażu modułów fotowoltaicznych wobec powierzchni instalowanej ok. 30°, a oczekiwania Inwestorów (mieszkańców) co do względów estetycznych tj. montaż równoległy do ściany budynków a nie pod wskazanym kątem – montaż na elewacjach jest ostatecznością. Produkcja energii przy równoległym montażu paneli na elewacji jest mniejsza o 25-30 % od optymalnego (tj. ok. 30° nachylenia) zamontowania urządzenia.

Należy podkreślić, iż założeniem PFU nie był tylko dobór lokalizacji wszystkich zestawów fotowoltaicznych, ale przede wszystkim określenie założeń technicznych które umożliwią produkcję energii z każdego zestawu fotowoltaicznego zgodnie z założeniami wniosku o dofinansowanie projektu. Zgodnie z pkt 1 PFU (s. 3): „W ramach projektowania instalacji przed wykonaniem robót Wykonawca zobowiązany jest do zaprojektowania instalacji z uwzględnieniem konieczności maksymalizacji uzysku z instalacji.” Zatem, nie są dopuszczalne dowolne zmiany sposobu montażu – zmieniające kąt nachylenia modułów, a tym samym zmniejszające sprawność poszczególnych instalacji.

W ocenie Odwołującego, gdyby Zamawiający przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty wezwał Odwołującego do wyjaśnień swojej oferty i uzyskałby wyczerpujące stanowisko w sprawie, uznałby, że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i dokonałby jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

Z tych przyczyn, zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, należy uznać za zasadny.

#### 3.4. Zarzut z pkt 3 petitum odwołania i uzasadnienie

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 PZP w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy HYMON FOTOWOLTAIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w zakresie części 1 zamówienia, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Spośród ofert złożonych w postępowaniu, spełniających wymagania zamawiającego, a także niepodlegających odrzuceniu z innych względów, zamawiający musi wybrać ofertę najkorzystniejszą, aby móc zrealizować cel postępowania, tj. udzielić zamówienia. Wyboru tego dokonuje się w oparciu o kryteria oceny ofert, stosując wybrane przez zamawiającego sposoby oceny ofert w oparciu o te kryteria, a następnie, adekwatnie do wagi przypisanej przez zamawiającego poszczególnym kryteriom, ustala się, która z ofert przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny

lub kosztu do kryteriów jakościowych (por. M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych, komentarz do art. 239 PZP).

W przedmiotowej sprawie, w zakresie części 1, konsekwencją niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego, która biorąc pod uwagę cenę oraz pozostałe kryteria oceny ofert plasowała się na pierwszym miejscu, doszło do bezprawnego wyboru drugiej w kolejności oferty HYMON FOTOWOLTAIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Z tych przyczyn, zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 PZP należy uznać za zasadny.

Sygn. akt KIO 2966/22

Odwołujący: ECO-TEAM sp. z o.o. sp.k. z/s w Częstochowie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. niezasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania w zakresie części nr 1,
2. w konsekwencji powyższego wadliwym wyborze oferty Wykonawcy Hymon Fotowoltaika sp. z o.o. w Tarnowie, jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 1.

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części nr 1, mimo że oferta spełnia wszelkie warunki zamówienia opisane w dokumentach postępowania, a w konsekwencji także przez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Hymon Fotowoltaika sp. z o.o. mimo że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą w części nr 1,
2. art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie parametru napięcia startowego falownika, mimo że po stronie Zamawiającego istniały wątpliwości co zgodności urządzenia z wymogami SWZ,
3. art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez brak pełnego uzasadnienia faktycznego dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem uzasadnienie nie zawiera żadnego odniesienia do tego dlaczego Zamawiający nie uznał oferowanych przez Odwołującego paramentów falownika za parametry lepsze i równoważne.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny ofert, tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 1,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, która to czynność doprowadzić powinna do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 1,

Oferta Odwołującego przedstawia korzystniejszą cenę w zakresie części nr 1 niż oferta wybrana. W przypadku uwzględnienia odwołania i ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, Odwołujący może spodziewać się uzyskania zamówienia.

#### Uzasadnienie

Zakres robót/prac stanowiących przedmiot zamówienia obejmuje między innymi prace projektowe i roboty budowlane obejmujące wykonanie:

- instalacji fotowoltaicznych – zadanie nr 1, /.../
- w budynkach mieszkalnych na terenie gminy Rudnik w oparciu o sporządzony program funkcjonalno-użytkowy stanowiący integralną część SWZ.

Zamawiający ofertę Odwołującego odrzucił z powołaniem na art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z taką oceną Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 zawiera zał 4 do SWZ, tj. PFU. Pozostałe wymagania określone zostały we wzorze umowy załącznik nr 5 do SWZ.

Załącznik nr 4 do SWZ, tj. PFU na str. 9 wskazuje wymagania stawiane falownikom fotowoltaicznym

*Tabela 3 Wymagania stawiane falownikom fotowoltaicznym.*

#### **Dla instalacji z falownikiem 1-fazowym**

<b>Nazwa parametru</b>	<b>Wartość</b>
Typ	Beztransformatorowy
Liczba zasilanych faz	1
Moc znamionowa AC	Min 2500 W
Pobór mocy w nocy	Max 10 W
Sprawność euro	Nie mniej niż 96,2%
Sprawność maksymalna	Min. 97,2%
Napięcie startowe	Min. 60V
Stopień ochrony	min. IP 65
Deklaracja zgodności z Dyrektywą 2014/35/UE i Dyrektywą 2014/30/UE	Tak
Zgodność z normą EN 50438 lub	Tak

Odwołujący zaoferował w niniejszym postępowaniu falownik Afore HN S2500TL-1, który w zakresie napięcia startowego posiada wartość 50V. Falownik ten jest w pełni zgodny z wymaganiami, realnie posiada parametry lepsze niż wymagane. Wymóg min. 60V dla napięcia startowego oznacza, że Wykonawca mógł zaoferować falowniki o mocy poniżej 60V (w tym przypadku 50V) bowiem oferuje tym samym urządzenie lepsze które może wystartować od poziomu niższego napięcia.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazuje, że literalne brzmienie PFU wskazuje, że napięcie powinno wynosić 60V lub więcej. Jednakże nie można odczytywać treści specyfikacji w oderwaniu od konkretnego przedmiotu zamówienia i konkretnej sytuacji. W sprawie napięcie startowe zostało określone jako minimalne – a zatem jeśli falownik posiada napięcie minimalne 50V to tym bardziej posiada napięcie 60V i więcej. Oferowany przez Odwołującego falownik zaczyna pracować już wcześniej niż wymagał tego Zamawiający, więc z punktu widzenia spełnienia wymagań w zakresie merytorycznym jest to parametr lepszy.

Pokazując powyższe na obrazowym przykładzie – jeśli falownik oferowany przez Odwołującego może zacząć pracę już od napięcia 50V to oznacza, że pracuje także przy napięciu 60V i wyższym – a zatem tak jak wymagał tego Zamawiający:

Wymagania w treści specyfikacji to wymagania minimalne. Odwołujący zaoferował zaś parametry lepsze niż minimalne, przez co nie można uznać, aby urządzenie było niezgodne z wymaganiami specyfikacji. Zamawiający nie określił parametru napięcia startowego jako konkretnie 60V, ale jako min. 60V, co oznacza, że parametr nie został sztywno określony. Zamawiający określił parametr jako wymagane minimum, a zatem dopuścił pewne odstępstwa – w tym parametry lepsze.

Zamawiający w treści specyfikacji jednoznacznie dopuścił także zaoferowanie przez Wykonawców rozwiązań równoważnych (pkt. 1.15 SWZ), a zatem dopuścił zaoferowanie parametrów lepszych niż wymagane. W tym przypadku zaoferowanie napięcia niższego niż 60V gwarantuje lepszą wydajność urządzenia i jest to parametr lepszy. Nie jest wykluczone, aby Wykonawca zaoferował urządzenia, których parametry są korzystniejsze od opisanych w dokumentacji zamówienia, bowiem będą one spełniać wymagania SWZ w sposób obiektywny. Na potwierdzenie Odwołujący załącza oświadczenie producenta, który wskazuje, że oferowany parametr jest lepszy niż wymagany przez Zamawiającego.

Zamawiający nie odniósł się w uzasadnieniu odrzucenia oferty do zaoferowania parametrów lepszych. Mógł również wezwać do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, czego zaniechał.

Odwołujący podkreśla, że zapis w PFU wskazuje na to, że inwerter ma zacząć pracować wtedy, kiedy napięcie wynosi min. 60V, co oznacza, że każdy inwerter który pracuje przy napięciu startowym 60 V lub niżej spełnia wymagania PFU. Zaoferowane rozwiązanie powoduje, że inwerter zaczyna pracować już wtedy gdy napięcie jest 50V, tzn. przy znacznie



niższym napięciu już uzyskujemy efekt pracy inwertera, co oznacza, że daliśmy rozwiązanie lepsze, powodujące, że inwerter pracuje przy wymaganym napięciu. Każde rozwiązanie, które powoduje że inwerter pracuje/działa już przy napięciu 50V jest rozwiązaniem spełniającym wymagania. Nie spełniałoby wymogów specyfikacji urządzenie, które gwarantuje rozpoczęcie pracy inwertera w sytuacji kiedy mamy napięcie powyżej 60, czyli np. 61V.

Innymi słowy, to „minimum” oznacza, kiedy inwerter „musi zacząć pracować” – w tym przypadku minimum przy napięciu 60V. W przypadku zaoferowanego rozwiązania falownik zaczyna pracę już przy napięciu 50V, co gwarantuje spełnienie wymagania „musi zacząć pracę przy napięciu 60V”.

Zamawiający wskazuje, że część Wykonawców prawidłowo odczytała wymagania opz i zaoferowała inwertery jednofazowe o napięciu startowym 60V. Jednakże Zamawiający pomija fakt, że nie tylko Odwołujący zaoferował falownik Afore HN S2500TL-1, który w zakresie napięcia startowego posiada wartość 50V, bowiem taki sam model zaoferowali także inni Wykonawcy jak FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. oraz SOLARTIME S.A. Sytuacja ta wynika z faktu, że oferty składają podmioty profesjonalne dla których określenie parametru „min 60V” oznacza możliwość zaoferowania inwerterów o napięciu startowym 50V. Łącznie trzech Wykonawców (w tym Odwołujący) zaoferowali konkretny model falownika, wszyscy mają świadomość, że parametr napięcia startowego o wartości 50V jest parametrem lepszym, który jednoznacznie spełnia w całości postawione wymagania, co potwierdza załączone oświadczenie producenta.

Załączono oświadczenie Afore Polska sp. z o.o. z dnia 8 listopada 2022 roku.

Pisemne stanowisko w odpowiedzi na obydwa odwołania przedstawił przystępujący - wykonawca Hymon Fotowoltaika Sp. z o.o. wnosząc o ich oddalenie.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

KIO 2965/22

Odwołujący odnośnie stanowiska Przystępującego zauważył, że autor stanowiska stwierdza parokrotnie, iż oferta nie spełnia wymagań. Przypomniał, że cena w postępowaniu była ryczałtowa, a ewentualne zmiany umowy jednostronnie dokonywane przez Zamawiającego wynikają z § 14 wzoru umowy. Zauważył, że zaoferował 305 wymaganych urządzeń – instalacji stosownie do postanowień i dokumentacji postępowania. Oznacza to, że zobowiązał się w całości do wykonania zamówienia za przedstawione wynagrodzenie ryczałtowe. Wskazał na postanowienia umowy w szczególności § 10 i 14 zauważając, że wynagrodzenie obejmują wszelkie prace i uregulowane są kwestie zmiany umowy.

Przypomniał, że elementy opisane z oznaczeniem ich liczby na 0 nie wymagały wyceny w kalkulacji nie mając wpływu na jej wynik. Przypomniał, że wszyscy wykonawcy oferowali ten sam produkt, tj. model i moc, a opis etapu przyszłego, tj. realizacji zostaje bez wpływu na poprawność wyceny w postępowaniu i wielkość zaoferowanej ceny. Wskazał na postanowienia PFU mające znaczenie w sprawie, w tym załącznik 1 precyzujący miejsce montażu instalacji i potrzeby uwzględnienia maksymalizacji poboru energii.

Zauważył, że zagwarantował realizację całego przedmiotu zamówienia. Zaoferował wszystkie 305 instalacji stanowiących niezmiennie zestawy z dopuszczalną zmianą lokalizacji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Potwierdził obowiązujące warunki ofertowania. Przypomniał, że w formularzu ofertowym przewidziano potencjalną możliwość instalacji umieszczonej na elewacji. Spośród 12 ofert tylko Odwołujący nie przedstawił wyceny dla tzw. pozycji zerowych. Przypomniał treść odpowiedzi na pytanie, gdzie wskazał wzór formularza uwzględniający wycenę także pozycji „0” (31.08.2022 r.). Uznał za niemożliwe prowadzenie żądanego postępowania wyjaśniającego w zakresie niewypełnionych pozycji w omawianym zakresie i nie widzi podstaw do uzupełnienia oferty przez wpisanie w niewypełnionych miejscach wielkości z innych pozycji formularza ofertowego.

Przystępujący Hymon Fotowoltaika Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż rozważania ewentualnej zmiany umowy dokonane przez Odwołującego są bezprzedmiotowe i wobec treści oferty wyeliminowana jest taka możliwość z uwagi na braki, jako że Odwołujący nie wskazał treści mogących być przedmiotem zmiany. Stwierdził, że sposób i miejsce montażu ma znaczenie dla zaoferowanej ceny, co potwierdzają kalkulacje ofertowe, w tym Odwołującego. Przypomniał PFU, gdzie na str. 3 wskazano na planowane miejsca montażu z uwzględnieniem wstępnego rozeznania, co oznacza, iż nie przesądzone jest ostatecznie miejsce i sposób, a tym bardziej uzasadnione są oczekiwania Zamawiającego co do treści formularza ofertowego. Przypomniał, że Zamawiający w nie gwarantował miejsc planowanego montażu. Wskazuje także na odpowiedź na pytanie 18.5.

Przystępujący Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k. po stronie Zamawiającego wskazał na treść wyjaśnień z 31.08.2022 r. z odpowiedzią na pytanie 18.5 dot. zmiany miejsca montażu. Zauważył, że także z formularza ofertowego Odwołującego wynikają różnice ceny uzależnione miejscem montażu instalacji. Podał przykład tabela 1a z pozycją 7,8,9.

Stwierdził, że nie ma podstaw do żądania od Odwołującego wyjaśnień, co prowadziłyby to do zmiany treści oferty.

KIO 2966/22

Odwołujący poparł odwołanie z uzasadnieniem i załączonym oświadczeniem producenta AFORE. Wskazał na napięcie startowe w urządzeniu (inwerterze). Uznał stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż rozwiązanie z wyższym parametrem napięcia startowego jest korzystniejsze, za wadliwe. Wskazał na odpowiedź na pytanie 3.1 z 5.07., gdzie Zamawiający na wniosek wykonawcy dopuścił wyższe, tj. gorsze napięcie 80V. Przypomina, że zaoferowane przez niego urządzenie zaczyna pracę wcześniej i przy gorszych warunkach pogodowych. Złożył opracowanie – wykres obrazujący uruchomienie i pracę inwertera w ciągu dnia, tj. praca, gdzie przedstawiono poziom napięcia i produkcji prądu.

Zanegował walor dowodowy, w tym aktualność opracowania w piśmie Przystępującego na str. 10-11. Złożył oświadczenie firmy AFORE, iż do uruchomienia urządzenia nie potrzeba poborów energii z zewnątrz. Przedstawione stanowisko oznacza, że wymóg SWZ rozumie, jako bezwzględny wymóg rozpoczęcia pracy ze startowym napięciem minimum 60V. Dopuszczenie przez Zamawiającego urządzenia z napięciem startowym 80V ocenia, jako złagodzenie wymogu, a jednocześnie potwierdzenie poprawności stanowiska, iż każde wyższe napięcie nie jest zgodne z wymogami SWZ.

Przypomniał treść uzasadnienia odrzucenia oferty, odpowiedzi na pytanie 3.1. i treść wymogu PFU zauważając, że każdy z tych dokumentów odmiennie jest sformułowany, co stawia pod znakiem zapytania oświadczenie Zamawiającego o obowiązku literalnego zastosowania zapisu przy ocenie ofert, co nie jest możliwe przy takiej treści. Finalnie i ostatecznie potwierdza, iż wymóg jest spełniony przez zaoferowane urządzenia opisanego w ofercie. Zauważył, że nikt nie zakwestionował walorów użytkowych urządzenia, które rozpoczyna użytkowanie przy napięciu 50V, a tym samym spełnia warunek rozpoczęcia pracy przy 60V. Podkreślił, że falownik w porze nocnej nie funkcjonuje i nie pobiera energii zewnątrz.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na znaczenie literalnej treści warunków zamówienia i obowiązek oceny dokumentów zgodnie z nimi. Stwierdził, że dopuszczenie w odpowiedzi na pytanie 3.1 napięcia 80V nie oznaczało dopuszczenia parametru lepszego lub gorszego, gdyż takiej oceny nie dokonywano. Zauważył, że każdy inwerter także w stanie spoczynku jest odbiorcą prądu. Stwierdził, że obiektywną ocenę dokonano w oparciu o dokumenty zamówienia z wynikiem, który uznaje za prawidłowy. Stwierdził, że zapisy

dotyczące napięcia startowego stosował konsekwentnie i zgodnie z nimi ocenił ofertę Odwołującego.

Przystępujący Hymon Fotowoltaika Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania ze stanowiskiem przedstawionym w złożonym piśmie. Zauważył, że napięcie startowe to napięcie rozpoczęcia pracy w wyniku wzbudzenia urządzenia, co nie oznacza wytwarzania energii i podawania prądu na zewnątrz, do sieci. Przypomniał treść odpowiedzi na pytanie 3.1. Wskazał na pojęcie „minimum” użyte w PFU przy różnych parametrach. Złożył oświadczenie innego producenta dot. niskich napięć inwertera. Zauważył, że przy szybszym wzroście napięcia produkcja prądu może być niewystarczająca przy niższym natężeniu, a tym samym nie uzyskuje się pożądanej mocy i pracy urządzenia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko przedstawione na rozprawie przez odwołujących, zamawiającego oraz przystępujących, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Oczywista jest legitymacja do wniesienia obydwu wykonawców, w rozumieniu art. 505 ustawy pzp. do wniesienia odwołań wobec odrzucenia ich ofert przy jednoczesnym zainteresowaniu uzyskania zamówienia w wyniku postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

Sygn. akt KIO 2965/22

Skład orzekający, mając na uwadze postanowienia dokumentacji postępowania, w szczególności treść PFU, nie podziela stanowiska odwołującego.

Niesporny jest stan faktyczny co do treści oferty złożonej przez odwołującego, jak i wymogów postawionych dla wykonawców w zakresie będącym przedmiotem rozpoznania i rozstrzygnięcia. Oto bowiem w formularzu ofertowym odwołujący nie określił producenta, modelu i typu modułu fotowoltaicznego oraz nie podał ceny jednostkowej instalacji fotowoltaicznej dla pozycji, których ilość w formularzu ofertowym wynosiła "0". Wymóg podania w takich pozycjach określanych jako zerowe, gdyż wstępnie nie przewidzianych do kalkulowania ceny oferty, był niesporny. Dodatkowo potwierdzony przez zamawiającego przedstawionym przykładowo wypełnionym formularzem przedstawionym wykonawcom w odpowiedzi na zadane w toku postępowania pytanie. Zamawiający bowiem w ramach odpowiedzi na pytanie nr 18.7. „Czy Wykonawca ma wypełniać w formularzu ofertowym ceny dla instalacji, których Zamawiający nie przewiduje - wpisane zero w formularz?” , udzielił odpowiedzi: „Sposób wypełnienia formularza ofertowego, Zamawiający opisał w SWZ w

rozd. X – opis sposobu obliczenia ceny ust. 2”. Odwołujący pominął zatem treść wyjaśnienia z 31 sierpnia 2022r. doprecyzowanego przedstawionym wzorcowym wypełnionym formularzu oferty, gdzie pozycje, których ilość wynosiła "0", posiadały określone ceny jednostkowe netto i brutto oraz wartość podatku VAT jednej instalacji. Wyjaśnienia zawierały także pouczenie, że dokonane wyjaśnienia i zmiany w specyfikacji wiążą wykonawcę z chwilą ogłoszenia.

Z uwagi na powyższe należy uznać za uzasadnione stanowisko, że instrukcja wypełnienia załącznika nr 1a do SWZ, z której jednoznacznie wynikało, że zarówno oznaczenia modułów PV (producent, typ i model) jak i ceny jednostkowe muszą zostać podane przez wykonawców dla wszystkich rodzajów instalacji, w tym dla instalacji, których liczba została określona jako zero, była wiążąca. Zatem przedmiotowe treści stanowiły istotny i wymagany element oferty, a jego brak oznacza niezgodność z wymogami; nie ma przy tym znaczenia kwestia ceny ostatecznej oferty, ta bowiem nie jest przedmiotem oceny i sporu. Istotność wymaganego – przedmiotowego, elementu formularza jest powiązana z postanowieniami specyfikacji, z których wynika, że pierwotne wskazanie miejsca montażu instalacji ma charakter wstępny i może ulec zmianie, między innymi z uwagi na stanowisko mieszkańca, na których nieruchomości montaż ma być wykonany.

Jest zatem zrozumiałe, że obowiązek podania producenta, typu i modelu modułów PV oraz cen jednostkowych dla instalacji fotowoltaicznych o mocy minimum 2,65 kW i 3,71 kW, montowanych na elewacji, był niezbędny w razie ziszczenia się warunków dokonania takiej instalacji. Miał przy walor materialny, zatem nie stanowił, jak twierdzi odwołujący, wymogu li tylko formalnego.

Mając zatem na względzie wymagania zamawiającego dotyczące treści i zawartości oferty obowiązujące w dniu składania ofert, w szczególności formularza ofertowego dla części 1 zamówienia, wobec braku spełnienia tych wymogów przez odwołującego, uznać należy, że złożona oferta jest niezgodna w swej treści z warunkami zamówienia, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem decyzja zamawiającego była uzasadniona. Jednocześnie należy zauważyć, że wobec niespornej treści oferty, brak jest podstaw do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie i dokonywania uzupełnienia jej treści, jako że byłaby, ta ostatnia czynność, naruszeniem ustawy.

Sygn. akt KIO 2966/22

Skład orzekający uznaje, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest uzasadniona wobec ustalenia, że oferta wykonawcy w swej treści jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. W odwołaniu zacytowano w formie tabeli wymagania stawianie

falownikom fotowoltaicznym opisane w załączniku nr 4 na stronie 9. Będący przedmiotem sporu i oceny parametr to wielkość napięcia startowego falownika jednofazowego wskazana jako wartość „Min. 60V”.

Odwołujący, co niesporne, zaoferował w niniejszym postępowaniu falownik Afore HN S2500TL-1, który w zakresie napięcia startowego posiada wartość 50V.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził, że literalne brzmienie PFU wskazuje, że napięcie powinno wynosić 60V lub więcej. Skład orzekający zauważa, że parametr wymaganego napięcia wyrażony wielkością fizyczną w woltach i matematyczną przez określenie „Min.” został określony jednoznacznie, niezależnie od motywów zamawiającego, jakimi kierował się określając powyższe dane. Opierając się ściśle na wskazanym zapisie stwierdzić należy, że zostało dopuszczone napięcie startowe w wielkości 60V lub wyższej. W konsekwencji urządzenie z niższym od wskazanego napięciem startowym nie spełnia warunków zamówienia określonych w PFU, niekiedy zamiennie przez strony nazwanym specyfikacją.

Argumentacja odwołującego opiera się na stwierdzeniach wykraczających poza jednoznaczne warunki zamówienia. W szczególności strona stwierdziła parokrotnie, iż jeśli falownik posiada napięcie minimalne 50V to tym bardziej posiada napięcie 60V i więcej, a oferowany przez Odwołującego falownik zaczyna pracować już wcześniej niż wymagał tego Zamawiający, więc z punktu widzenia spełnienia wymagań w zakresie merytorycznym jest to parametr lepszy. Stwierdzenie to potwierdza oświadczeniem producenta, który również formułuje ocenę o korzystniejszym rozwiązaniu. Weryfikacja takiej oceny w istocie wykracza poza zakres porównania treści warunków zamówienia z treścią oferty. Oba te dokumenty są niesporne co do treści i prowadzą do wniosku o wzajemnej niezgodności w zakresie literalnego brzmienia warunku i treści oferty. Zamawiający oceniając ofertę oparł się na literalnym brzmieniu oferty i zapisu PFU zauważając tę niezgodność i dokonując literalnej wykładni wymogu podjął decyzję o odrzuceniu oferty. Można przypomnieć w tym miejscu, że pogląd o prymarnym charakterze wykładni literalnej jest na gruncie prawa, w tym prawa zamówień publicznych, dominujący.

W takim stanie rzeczy twierdzenie, że parametry oferowane są korzystniejsze, niezależnie od ich poprawności, co zresztą nie zostało dowiedzione wobec różnorodności poglądów, nie dają podstaw do odstąpienia od jednoznacznych postanowień warunków zamówienia (PFU) po dacie składania ofert. Dla porządku jedynie można przypomnieć, że wykonawcy zainteresowani zmianą postanowień w zakresie spornych parametrów, mieli możliwość, na stosownym etapie postępowania, w trybie zapytań, wniosków lub środków odwoławczych, uzyskać zmianę wymogów na požądane lub korzystniejsze. Odnośnie stwierdzenia, że nie tylko odwołujący zaoferował zakwestionowany model falownika, należy zauważyć, że oferty tych wykonawców zostały odrzucone, a czynność ta nie została zaskarżona.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający rozpoznający zarzuty odwołania nie stwierdził naruszenia przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisów ustawy pzp wskazanych w obydwu rozpatrywanych odwołaniach.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak powyżej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....