

Sygn. akt KIO 1281/20

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ESCO PROJEKT R. D. z siedzibą w Markach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wyszki**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ESCO PROJEKT R. D. z siedzibą w Markach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Wyszki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ESCO PROJEKT R. D. z siedzibą w Markach**, tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Wyszki** na rzecz wykonawcy **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ESCO PROJEKT R. D. z siedzibą w Markach** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Wyszki, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozwój Gminy Wyszki dzięki produkcji energii elektrycznej na potrzeby własne poprzez instalacje fotowoltaiczne*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 kwietnia 2020 r. pod numerem 5330367-N-2020.

W dniu 10 czerwca 2020 r. wykonawca R. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ESCO PROJEKT R. D. z siedzibą w Markach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2019r., poz. 1010; dalej „ustawa ZNK”), tj. zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i art. 14 ust. 1 ustawy ZNK, tj. zasady przejrzystości przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz równego traktowania wykonawców przez bezpodstawne uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty;
3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na przeprowadzeniu oceny podmiotowej Odwołującego w kategoriach jego bliżej nieokreślonej zdolności biologicznej do wykonania zaoferowanych świadczeń oraz nieopisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium odległości od miejsca świadczenia i przez to zaniechaniu badania i oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryteria przedmiotowe oceny ofert określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty

najkorzystniejszej w oparciu o ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę podnosząc, że przez zaoferowanie w kryteriach: długość okresu gwarancji jakości na roboty budowlano-montażowe długość okresu gwarancji jakości na inwertery - 420 miesięcy oraz w kryterium czas reakcji grupy serwisowej na wypadek awarii - 1 godziny, wypełnił znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisane w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że oferując 420 miesięczną gwarancję na roboty montażowo-budowlane zamierzał wprowadzić w błąd Zamawiającego co do możliwości naprawy, konserwacji albo innych istotnych cech towarów lub usług, a więc świadczeń w ramach gwarancji przez zaoferowany okres 35 lat. Wprowadzenie w błąd Zamawiającego uzasadnił wynikającą z doświadczenia życiowego, niemożliwością prowadzenia osobiście przez wykonawcę działalności gospodarczej przez kolejne 35 lat z przyczyn biologicznych.

Zamawiający nie odniósł się do cech przedmiotu zamówienia - oferowanego okresu gwarancji dla zamawianych instalacji fotowoltaicznych, których dostawa i montaż jest przedmiotem oferty, a czego wymaga art. 10 ust. 1 ZNK. Zatem chcąc wykazać wprowadzające w błąd oświadczenie o towarach lub usługach Zamawiający powinien wykazać, że oferowane instalacje nie nadają się do naprawy lub konserwacji przez okres 35 lat. Zamawiający zarzucał Odwołującemu, że biologicznie nie będzie zdolny osobiście do świadczenia czynności składających się na świadczenia gwarancyjne z uwagi na nieokreślone przyczyny biologiczne. Abstrahując od oderwania ww. oceny dokonanej przez Zamawiającego od przedmiotu zamówienia należy wskazać, że ani z zapisów SIWZ, ustawy PZP czy istoty umowy mającej za przedmiot wykonanie trzech siłowni fotowoltaicznych nie wynika, że wykonawca sam osobiście ma świadczyć wykonanie przedmiotu zamówienia. Istotą świadczenia nie jest wykonywanie czynności czy dzieła wymagającego wyjątkowo indywidualnych zdolności jak namalowanie, obrazu wykonanie rzeźby czy skomponowanie utworu muzycznego. Przedmiot świadczenia wymaga wiedzy technicznej, a nie wiedzy tajemnej, czy indywidualnych wyjątkowych talentów, zatem Odwołujący w wykonaniu przedmiotu zamówienia może posługiwać się osobami trzecimi w osobach podwykonawców czy pracowników.

Nie wiadomo skąd Zamawiający czerpał wiedzę o stanie „zdolności biologicznej” Odwołującego do wykonania zamówienia, Zamawiający tego nie wyjaśniał. Biorąc pod uwagę zupełną dowolność, uznaniowość oraz niewskazane źródło informacji, z którego Zamawiający czerpał wiedzę o stanie „zdolności biologicznej” Odwołującego, trudno polemizować w tej kwestii z Zamawiającym. Najistotniejsze jest jednak, że ten bliżej nieokreślony „brak zdolności biologicznej” jest cechą Odwołującego jako osoby fizycznej, bowiem przedmiot zamówienia

nie jest obdarzony biologią, zatem Zamawiający nie podołał wykazaniu w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego znamienia czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK polegającego na wprowadzającym w błąd oznaczeniu produktu lub usług. Zamawiający nie wykazał wprowadzającego w błąd oświadczenia oferty o przedmiocie zamówienia. Zastosowana przesłanka „biologicznej zdolności” nie tylko jest nietrafna, bowiem nie odnosi się do przedmiotu zaoferowanego świadczenia, jak tego wymaga art. 10 ust. 1 ustawy ZNK, ale jest wyjątkowo jaskrawym przykładem dyskryminacji polegającej na wykluczeniu z uwagi na zakładany wiek Odwołującego. Ponadto, z dokumentów postępowania nie wynika, czy, i jak, Zamawiający badał pozostałych wykonawców pod kątem ich „zdolności biologicznej”.

Zmawiający uznał, że skoro miejsca prowadzenia przez Odwołującego działalności gospodarczej oddalone są od siedziby Zamawiającego - miejscowości Wyszki - o 88 km oraz o 179 km, to biorąc pod uwagę czas potrzebny na dojazd z miejsc prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującego do miejscowości Wyszki niemożliwe jest dotarcie grupy serwisowej w zaoferowanym czasie 1 godziny. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, również zaoferował w kryterium czas reakcji grupy serwisowej czas 1 godziny. Zamawiający nie określił w SIWZ, ani żadnym innym dokumencie postępowania, metody czy narzędzia weryfikowania zaoferowanego przez wykonawców czasu dojazdu; nie wiadomo też jak określił czas dojazdu z miejsc prowadzenia działalności gospodarczej Odwołującego do miejscowości Wyszki, bowiem nie wynika to z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Nie jest też wiadomo, skąd powziął Zamawiający informację o miejscu, z którego ma operować grupa serwisowa Odwołującego oraz jakim środkiem przemieszczania będzie dysponowała, bowiem w toku postępowania nie było to przedmiotem wyjaśnień ani wymaganą treścią oferty.

Serwis gwarancyjny wcale nie musi być świadczony przez Odwołującego w ramach jego przedsiębiorstwa, a może być przedmiotem zlecenia, co jest powszechne w dziedzinie usług. To wszystko świadczy o braku przejrzystości podejmowanych przez Zamawiającego czynności oraz drastycznie nierównym traktowaniu wykonawców. Zamawiający poddał ocenie i badaniu w tej kwestii właściwość podmiotową Odwołującego w postaci odległości miejsc wykonywania działalności gospodarczej Odwołującego od siedziby Zamawiającego. Tym samym nie można uznać, że w kwalifikacji prawnej Zamawiający podołał wykazaniu wypełnienia przez Odwołującego znamienia czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 10 ust. 1 ustawy ZNK polegającego na wprowadzającym w błąd oznaczeniu towarów lub usług, bowiem Zamawiający nie poddał badaniu oświadczenia Odwołującego w zakresie kryterium, czyli cechy zaoferowanej dostawy, ale cechę podmiotową Odwołującego (jego

przedsiębiorstwa) w postaci odległości miejsc poradzenia działalności od siedziby Zamawiającego i swoje wyobrażenie w związku tym o ofercie Odwołującego.

Zamawiający nie zadał sobie trudu wykazania, jak oferta Odwołującego miałyby wprowadzać w błąd co do Odwołującego jako przedsiębiorcy czy jego przedsiębiorstwa. Zamawiający przywołał jedynie ową zdolność biologiczną, a w istocie jej domniemany brak u Odwołującego do świadczenia gwarancji przez okres 420 miesięcy oraz założoną niemożliwość dochowania jednogodzinnego czasu reakcji grupy serwisowej na zgłoszenie. Przy czym powyższe Zamawiający uzasadnia swoimi domniemaniami i uznaniowymi twierdzeniami o Odwołującym i jego ofercie i to w istocie na podstawie tych domniemań i niepopartych uznaniowych twierdzeń ocenia Odwołującego i jego ofertę. Zatem nie można uznać, że Zamawiający poddał udowodnieniu wypełnienia przez ofertę Odwołującego znamion czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 14 ust. 1 ustawy ZNK.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca w ustawowym terminie.

Pismem z dnia 30 lipca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując, co następuje. Okres gwarancji wskazany przez Odwołującego mimo zaoferowania najwyższej ceny za realizację zamówienia, stawia go w lepszej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, oferta Odwołującego ma na celu uzyskanie wyłącznie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, jednak w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami. Jednocześnie oznaczenie okresu gwarancji towarów i usług oferowanych przez Odwołującego wprowadza Zamawiającego w błąd co do przydatności przedmiotowych urządzeń oraz możliwości ich naprawy i konserwacji. Zamawiający, ze względu na zaoferowanie przez Odwołującego niemożliwych do realizacji okresów gwarancji, uznał ofertę Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji, wskutek czego odrzucił jego ofertę.

W warunkach rynkowych okresy gwarancji mogą się od siebie różnić, jednakże niewiarygodnym jest, aby cykl życia urządzenia będącego przedmiotem dostawy i montażu wynosił 420 miesięcy, a zatem 35 lat. Potwierdzeniem tego twierdzenia są treści ofert pozostałych wykonawców, którzy przedłożyli oferty w postępowaniu oferując okres gwarancji w przedziale od 5 do 25 lat. Okres 35 lat niewątpliwie przekracza okres żywotności urządzenia. Zamawiający ocenia okres gwarancji jakości na roboty budowlano-montażowe (35 lat) jako znacznie zawyżony w stosunku do rzeczywistego, na jaki można realnie udzielić gwarancji. Inni wykonawcy zaoferowali termin pięciu lub dziesięciu lat. Zamawiający uznaje, że takie terminy gwarancji są realne (rzeczywiste, wykonalne). Zamawiający nie daje również wiary ofercie Odwołującego w zakresie okresu gwarancji jakości na zabezpieczenie przeciw korozji,

który wynosi 600 miesięcy, a zatem 50 lat. Okresy gwarancji zaoferowane przez pozostałych wykonawców są znacznie drastycznie krótsze — 0, 25, 30, 40 lat.

Z powyższych powodów Zamawiający uznał, że Odwołujący nie jest w stanie dotrzymać zobowiązań gwarancyjnych wynikających z oferty Odwołującego. Zamawiający nie ma rzeczywistej pewności, że wykonawca będzie w stanie wykonywać zobowiązania gwarancyjne w tak długiej perspektywie, np. z powodu tego, że żywotność paneli fotowoltaicznych, czy inwerterów będących przedmiotem dostawy i montażu jest krótsza, niż oferowany przez Odwołującego okres gwarancji. Ponadto, Zamawiający poddaje w wątpliwość, aby Odwołujący prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą był w stanie w tak odległej perspektywie prowadzić aktywność gospodarczą, w efekcie wykonywać w ogóle obowiązki gwarancyjne.

Odwołujący stawia mylną tezę, że Zamawiający, zarzucając Odwołującemu naruszenie uczciwej konkurencji, odnosi się do „cech biologicznych przedsiębiorcy”. Zamawiający, wychodząc z przekonania, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odnosi się do cech usług lub towarów świadczonych przez Odwołującego (nierzeczywisty, nierealny okres gwarancji oraz nierzeczywisty termin reakcji grupy serwisowej).

W toku badania i oceny ofert Zamawiający ustalił na podstawie informacji zamieszczonych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, że Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą w miejscowości Konarzyce w Gminie Łomża, a jak wynika z oferty — siedziba przedsiębiorstwa wykonawcy znajduje się w Markach. Czas dojazdu z obu powyższych miejscowości do miejsc, ustalony na podstawie czasów podawanych przez gogle maps, w których ma być realizowane zamówienie, przewyższa czas reakcji grupy serwisowej wynikający z oferty Odwołującego. Zamawiający ustalił, że długość najkrótszej drogi z miejscowości Konarzyce do miejscowości Wyszki wynosi 87 km, a średni czas pokonania tej trasy wynosi 1 godzinę i 15 minut. Z kolei czas dojazdu do miejscowości Budlewo oraz Topczewo (w których zamontowana ma zostać instalacja fotowoltaiczna) z miejscowości Konarzyce zajmuje odpowiednio, przy założeniu najkrótszej trasy, 1 godz. i 13 min. oraz 1 godz. i 11 min. Natomiast siedziba wykonawcy (Marki) znajduje się w znacznie większej odległości od miejsc realizacji zamówienia. Z miejscowości Marki do miejscowości Wyszki, Budlewo i Topczewo czas dojazdu zajmuje średnio 2 godziny. Ze względu na powyższe nie można uznać, że zaoferowany przez Odwołującego czas reakcji grupy serwisowej, tj. 1 godzina, jest możliwy do zrealizowania. Odwołujący tym samym dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wprowadzającym w błąd oznaczeniu oferowanej przez niego usługi co do możliwości jej wykonania w czasie zaoferowanym przez Wykonawcę.

Zamawiający podkreślał, że zobowiązał wykonawców do wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Odwołujący w złożonej ofercie nie zawarł odpowiedniej informacji w tym zakresie. Jednocześnie Odwołujący, w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że zobowiązuje się do zapewnienia brygady serwisowej usytuowanej w odpowiedniej odległości od instalacji fotowoltaicznych, tak aby zapewnić czas reakcji serwisowej zgodny ze wskazanym w ofercie. Skoro Odwołujący nie wskazał w ofercie podwykonawców, Zamawiający był uprawniony przyjąć, że Odwołujący samodzielnie zrealizuje usługi serwisowe i przyjął, że wskazane przez Odwołującego czasy reakcji nie odpowiadają rzeczywistości. Zaoferowany przez wykonawców czas reakcji grupy serwisowej powinien uwzględniać zarówno czas dojazdu do wskazanego miejsca dojazdu jak i czas potrzebny na przystąpienie do naprawy awarii. Skoro zobowiązania zawarte w ofercie Odwołującego nie mogą zostać uznane za możliwe do zrealizowania, Zamawiający miał prawo uznać, że Odwołujący oznaczył usługę w taki sposób, który mógł wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W dalszej kolejności Zamawiający wskazywał, że postępowanie Odwołującego, opisane powyżej w wyjaśnieniach dotyczących zarzutu nr 1, spełnia również przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie Odwołującego polegające na zaproponowaniu nierealnych, nierzeczywistych okresów gwarancji i wskazanie w ofercie nierealnego czasu reakcji grupy serwisowej, zdecydowanie nie jest przejawem konkurencyjnej rywalizacji o uzyskanie zamówienia. Takie zachowanie należy uznać za próbę wyeliminowania innych wykonawców w celu uzyskania zamówienia. Działanie Odwołującego tym samym zagraża interesom pozostałych wykonawców, którzy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego zaoferowali realne okresy gwarancji, a w odniesieniu do Odwołującego znaleźli się w gorszej sytuacji w trakcie badania i dokonywania oceny ofert, aż w czterech kryteriach, bez względu na żadne obiektywne przyczyny.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, wyjaśnień Odwołującego, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 lipca 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie prac związanych z dostawą i montażem instalacji fotowoltaicznej na obiektach SUW w Wyszkach, SUW w Budlewie oraz SP w Topczewie.

W Rozdziale 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena (waga — 35%),
- 2) produktywność (waga — 15%),
- 3) długość okresu gwarancji jakości na roboty budowlano-montażowe (waga — 10%),
- 4) czas reakcji grupy serwisowej (waga — 10%),
- 5) długość okresu gwarancji jakości na inwertery (waga — 10%),
- 6) termin realizacji (waga — 10%),
- 7) długość okresu gwarancji jakości na zabezpieczenie przeciw korozji (waga — 5%),
- 8) długość okresu gwarancji jakości na panele fotowoltaiczne (waga — 5%).

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym Odwołujący, który zaoferował Zamawiającemu łączną cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia w wysokości 660.000,01 zł brutto oraz okres gwarancji jakości na roboty budowlano-montażowe 420 miesięcy, okres gwarancji jakości na inwertery 420 miesięcy, okres gwarancji jakości na zabezpieczenie przeciw korozji 600 miesięcy i okres gwarancji jakości na panele fotowoltaiczne o długości 420 miesięcy, a także 1-godzinny czas reakcji grupy serwisowej.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o przedstawienie wyjaśnień budzących wątpliwości Zamawiającego dotyczące następujących treści ofert: z jakiego materiału zostanie wykonana konstrukcja wsporcza oraz gdzie można znaleźć informacje potwierdzające odporność podanego materiału na korozję, jaki będzie harmonogram czynności wykonywanych przez wykonawcę w czasie eksploatacji instalacji w celu niedopuszczenia do wystąpienia korozji oraz czynności, jakie wykona gdy korozja wystąpi. Wyjaśnienia miały dotyczyć również podanego przez oferentów czasu reakcji 1 godzina. Wątpliwości Zamawiającego budził fakt, iż dojazd z poszczególnych miejscowości do Wyszek, Budlewa czy Topczewa zajmie oferentom znacznie więcej czasu. Zamawiający prosił też o wyjaśnienie, czy podany w ofercie czas jest nie dłuższy niż czas gwarancji producenta, a w przypadku gdy jest dłuższy o

określenie czynności jakie będzie wykonywał wykonawca w momencie awarii urządzenia po okresie ustania gwarancji producenta.

Odwołujący pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r. wyjaśnił, że konstrukcja wsporcza zostanie wykonana z materiałów odpornych na korozję, tj. aluminium i stali ocynkowanej. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego informacja dotycząca długości gwarancji została podana w ofercie. Zastosowane materiały nie podlegają korozji, tak więc żadne czynności niedopuszczające do korozji nie są konieczne. W przypadku wystąpienia korozji elementy konstrukcyjne będą wymieniane na wolne od korozji. Zgodnie z podanym czasem reakcji serwisowej Odwołujący zobowiązał się do podjęcia stosownych czynności, tj. zapewnienia brygady serwisowej usytuowanej w odpowiedniej odległości od instalacji fotowoltaicznych, tak aby zapewnić czas reakcji serwisowej zgodny ze wskazanym w ofercie. Odwołujący podnosił, że zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ w ofercie został podany okres gwarancji na inwertery oraz na panele fotowoltaiczne, wyrażony w miesiącach. Podany okres gwarancji jest dłuższy niż okres gwarancji producenta. W całym okresie gwarancji awarie urządzenia będą usuwane zgodnie z zobowiązaniem zawartym w ofercie. Urządzenia podlegające gwarancji będą naprawiane lub wymieniane na wolne od wad.

Pismem z dnia 6 maja 2020 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą do Odwołującego o wyjaśnienie w jaki sposób zamierza wykonywać zobowiązania gwarancyjne po zakończeniu okresu aktywności zawodowej, bowiem jak wynika ze stanu wpisów w CEiDG, przedsiębiorca prowadzi działalność jako osoba fizyczna od 2003 r., zatem już 17 lat. W takiej sytuacji oferowanie gwarancji na kolejny okres 35 lat jest niewiarygodne ze względu na oczywiste ograniczenia biologiczne przedsiębiorcy i brak zapewnienia przejścia jego zobowiązań związanych z działalnością gospodarczą na osoby.

Odwołujący pismem z dnia 7 maja 2020 r. wyjaśnił, że brak jest podstaw do twierdzenia, iż prowadzona przez niego działalność gospodarcza nie może być prowadzona w perspektywie kolejnych lat. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ i złożonym oświadczeniem w postaci oferty, zaproponowany okres gwarancji zostanie dotrzymany na warunkach określonych przez Zamawiającego. Jeżeli zaś chodzi o ciągłość prowadzenia działalności nie planowane jest jej przerwanie. Odwołujący nie wykluczał również możliwości przekształcenia formy prowadzenia działalności w spółkę kapitałową na podstawie Kodeksu spółek handlowych. Nie zamierza rezygnować z aktywności zawodowej w perspektywie określonej w piśmie Zamawiającego. Ponadto, cieszy się dobrym zdrowiem, prowadzi aktywny tryb życia i nie ma nałogów, co w pełni utwierdza go w przekonaniu, że jego aktywność zawodowa potrwa jeszcze długie lata.

Dnia 26 maja 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EL-STAW” i odrzucił oferty następujących wykonawców: A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Elpro Handel i Usługi Elektryczne A. P. z siedzibą w Krupnikach oraz Coral W. P. J. P. Spółka Jawna z siedzibą w Choroszcy oraz Odwołującego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że złożenie przez Odwołującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W dniu 27 maja 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert. Przyczyną unieważnienia czynności był błąd popełniony na etapie badania i oceny oferty, polegający na wzięciu pod uwagę, przy dokonywaniu oceny ofert, błędnych danych zamieszczonych w informacji z otwarcia ofert dotyczących okresu gwarancji jakości na panele fotowoltaiczne. Powyższy błąd miał wpływ na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dnia 5 czerwca 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o ponownym wyborze oferty. Jednocześnie Zamawiający ponownie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako czyn nieuczciwej konkurencji, w związku z art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odrzucono także oferty wykonawcy — A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Elpro Handel i Usługi Elektryczne A. P. z siedzibą w Krupnikach oraz wykonawcy — Coral W. P. J. P. Spółka Jawna z siedzibą w Choroszcy.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano, że czynem nieuczciwej konkurencji określonym w art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest wskazanie terminów gwarancji, wynoszących 420 miesięcy, a zatem 35 lat, niemożliwych do realizacji przez wykonawcę prowadzącego osobiście działalność gospodarczą, co do którego zasady doświadczenia życiowego wskazują w sposób oczywisty, z przyczyn biologicznych, że nie jest w stanie utrzymywać przez tak długi okres swojej aktywności gospodarczej, a przez to wykonywać obowiązków gwarancyjnych oraz poprzez wskazanie 1-godzinnego czasu reakcji grupy serwisowej, pomimo tego, że CEiDG ma co prawda wpisane jako miejsce prowadzenia działalności Konarzyce w Gminie Łomża, ale czas dojazdu z tamtego miejsca do Wyszek - 88 km wynosi nawet w dzień świąteczny 1 godz. 16 min., a z siedziby firmy w Markach co najmniej 178 km - 2 godziny. Złożona przez Odwołującego oferta stanowi również czyn z art. 14 ust. 1 ww. ustawy poprzez oferowanie okresu gwarancji przy świadomości, że z przyczyn jw. nie jest w stanie spełnić jej warunków oraz poprzez składanie oświadczeń o możliwości reakcji serwisu w czasie 1 godz., pomimo braku takiej możliwości ze względu na siedzibę wykonawcy i braku wskazania, na czyich zasobach w tym zakresie mógłby ewentualnie bazować.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co do okoliczności, czy w postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to z uwag natury ogólnej wskazać należy, iż ustawa Pzp w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do artykułu 3 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Stosownie do art. 10 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Zgodnie z art. 14 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub

wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa w przypadku podnoszenia zrzutów czynu nieuczciwej konkurencji ważne jest skonkretyzowanie takiego czynu, którego popełnienia dopuścił się określony przedsiębiorca, a także konkretne określenie, jakiego rodzaju dobrym obyczajom przedsiębiorca uchybił. Uznanie zaś konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz kwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu (wyrok SN z 11 października 2002 r., III CKN 271/01).

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, postanowienia SIWZ, a także dowody przedłożone przez Odwołującego na rozprawie, zaoferowanie trzydziestopięcioletniego okresu gwarancji oraz godzinnego czasu reakcji grupy serwisowej, nie nosiło znamion czynu nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 10 ust. 1 oraz w art. 14 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postanowienia SIWZ nie wskazywały na ograniczenie czasowe dotyczące kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie wymagał też przedłożenia żadnych kart katalogowych, bazował jedynie na ogólnym oświadczeniu. Zamawiający nie wymagał załączenia żadnych merytorycznych dokumentów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Oczywiście nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający w ten sposób sformułował założenia oferty. Niemniej, zawierając wykonawcom, że spełnią oni jego wymogi, w przypadku przewidzenia takiej formy oferty, nie mógł dokładnie skontrolować ich oświadczeń w zakresie sposobu wykonania zamówienia. Taki sposób przygotowania oferty rzeczywiście jest nieskomplikowany, jednak uniemożliwia weryfikację na podstawie treści, w przypadku gdy zamawiający poweźmie wątpliwości w zakresie faktycznych założeń wykonawcy przy jej sporządzaniu.

Dalej, należy podkreślić, że Zamawiający nie udowodnił, że zaproponowany czas reakcji grupy serwisowej czy okres gwarancji jest niemożliwy. To Odwołujący na rozprawie przedstawił dowody w postaci kart katalogów, które wskazują na co najmniej 25 letni okres gwarancji, a w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że zgodnie z podanym czasem reakcji serwisowej zobowiązał się do podjęcia stosownych czynności, tj. zapewnienia brygady serwisowej usytuowanej w odpowiedniej odległości od instalacji fotowoltaicznych.

Izba uznaje za nieuprawnione upatrywanie czynu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do osoby wykonawcy a nie przedmiotu zamówienia. Takie działanie niewątpliwie stanowi jawną dyskryminację. Zamawiający usiłując wykazać spełnienie przesłanki wprowadzającego w błąd oznaczenia towarów lub usług będących przedmiotem oferty w

zakresie możliwości ich naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów w ogóle nie odniósł się do przedmiotu oferty, ale do domniemanych cech Odwołującego. Co prawda Zamawiający nie wyeksplikował, co miał na myśli przez przyczyny biologiczne niemożliwości świadczenia gwarancji przez Odwołującego, niemniej w ocenie Zamawiającego owe przyczyny biologiczne w sposób oczywisty uniemożliwią Odwołującemu osobiste prowadzenie działalności gospodarczej przez okres zaoferowanej gwarancji trzydziestu pięciu lat.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, z uzasadnienia odrzucenia jego oferty wprost wynika, że badając ofertę Odwołującego, Zamawiający w istocie skupił się na badaniu i ocenie właściwości Odwołującego, a nie jego oferty. Przy tym Zamawiający nie ujawnił źródeł czerpania wiedzy o „zdolności biologicznej” Odwołującego, metody czy narzędzi badania tej zdolności oraz czasu reakcji grupy serwisowej, a także podstaw do czynienia założeń co do sposobu realizacji przez Odwołującego organizacji świadczeń gwarancyjnych. Na uwagę zasługuje fakt, że inni wykonawcy również zaoferowali parametr wynoszący 1 godzinę w kryterium czasu reakcji grupy serwisowej. Niewątpliwie Zamawiający badając ofertę Odwołującego czynił to w oderwaniu od ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w oparciu o cechy podmiotowe Odwołującego.

Izba pominęła część argumentacji z odpowiedzi na odwołanie, bowiem nie została ona odzwierciedlona w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w ustawie Pzp brak jest podstaw do niedopuszczenia zlecenia podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia, nawet gdyby w treści oferty zaznaczono wykonanie zamówienia wyłącznie siłami własnymi. Zgodnie z art. 36ba ustawy Pzp zamawiający ma prawo weryfikacji podstaw wykluczenia w odniesieniu do podwykonawcy w toku realizacji zamówienia, a ponadto przepis ten wyraźnie przewiduje sytuację, gdy powierzenie podwykonawstwa następuje dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ESCO PROJEKT R. D. z siedzibą w Markach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone w SIWZ. Konsekwencją uwzględnienia zarzutów związanych z oceną oferty Odwołującego było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: