

Sygn. akt: KIO 2076/19

WYROK

z dnia 29 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2019 r. przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Radecznica, ul. B. Prusa 21, 22-463 Radecznica**

przy udziale wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95 - 054 Wola Zaradzyńska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 04.10.2019 r. wyboru oferty najkorzystniejszej: **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95 - 054 Wola Zaradzyńska**, jak i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95 - 054 Wola Zaradzyńska** na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu w tym zakresie, jak i zarzutu z art. 91 ust. 1 oraz z art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Radecznica, ul. B. Prusa 21, 22-463 Radecznica** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminę Radecznicza, ul. B. Prusa 21, 22-463 Radecznicza** na rzecz **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie gminy Radecznica w ramach projektu „Montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie gminy Radecznica”*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2019/S 136-334557 z 17.07.2019 r., przez Gminę Radecznica, ul. B. Prusa 21, 22-463 Radecznica zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 04.10.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95 - 054 Wola Zaradzyńska zwana dalej: „FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.” albo „*FLEXIPOWER*” albo „*Przystępującym*” Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa zwanej dalej: „*Sanito Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 14.10.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Sanito Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 04.10.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 14.10.2019 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w zw. z art. 7 przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 §1 Kc poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. k. ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów tj. Karty Aktualizacji Nr B/2/2018 Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (stanowiącej Załącznik nr 1 do decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 18 kwietnia 2019 r. nr DRR.WRE.4321.29.2018.ŁW oraz wydanej na podstawie art. 9g ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2018 r. poz. 755 ze zm.), zwanej dalej: „*Kartą aktualizacji*”, zmieniającej Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki decyzją nr DRR-4321-29(5)/2013/MKo4 z dnia 10 września 2013 r.,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty FLEXIPOWER ze względu na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ tj. poprzez niemożliwość podłączenie instalacji do sieci elektroenergetycznej wraz ze zgłoszeniem przyłączenia instalacji do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronie zakładu (pkt 4.2. ppkt 11 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”).

3. art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez poinformowanie o wyborze oferty FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisów wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej,

4. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu, oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania. W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o: 1. uwzględnienie odwołania w całości; 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 04.10.2019 r. polegającej na wyborze oferty FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej w postępowaniu, • nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, w tym odrzucenie oferty FLEXIPOWER w postępowaniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ oraz obarczonej nieważnością na podstawie odrębnych przepisów, 3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w pkt 4.2 SIWZ wskazał, że w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawca wykona następujące zadania: „4.2. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje, w szczególności:

1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 181 zestawów instalacji fotowoltaicznych, wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu, w tym:

a) montowane na dachach lub elewacjach budynków mieszkalnych osób fizycznych: (...)

- 1 zestaw instalacji fotowoltaicznej o łącznej mocy min. 3,64kWp składający się z max. 14 szt. paneli o mocy 260Wp każdy, (...)

2) montaż inwerterów DC/AC,

3) montaż projektowanych rozdzielnic elektrycznych,

4) montaż projektowanych instalacji elektrycznych nn - 0,4kV,

5) montaż połączeń wyrównawczych,

- 6) wykonanie uziemienia instalacji,
- 7) przeprowadzenie rozruch instalacji,
- 8) kontrole, próby, uruchomienie i regulacja instalacji,
- 9) przeszkolenie wszystkich użytkowników z zasad obsługi, użytkowania, konserwacji bezpieczeństwa związanych z użytkowaniem zainstalowanej instalacji,
- 10) opracowanie szczegółowych instrukcji obsługi i ich przekazaniem użytkownikom,
- 11) podłączenie instalacji do sieci elektroenergetycznej wraz ze zgłoszeniem przyłączenia instalacji do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronie zakładu."

Ponadto, zgodnie pkt 4.3 SIWZ, szczegółowy zakres prac (Opis Przedmiotu Zamówienia) zawarty został w Załączniku Nr 1 do SIWZ w skład, którego wchodzi: Projekt budowlano- wykonawczy, STWiOR, Przedmiary robót oraz Projekcie umowy.

Zamawiający w Projekcie budowlano-wykonawczym instalacji fotowoltaicznej o mocy 3,64 kWp, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, wskazał następujące wymagania odnoszące się do zaoferowanego w ramach zamówienia inwertera w zakresie ww. instalacji:

„2. OBLICZENIA TECHNICZNE

2.1 Bilans mocy elektrowni fotowoltaicznej Inwerter AC/DC

Moc pojedynczego inwertera: 3,5 kW 16 Moc pojedynczego modułu: 260 W Ilość inwerterów 3,5kW-1 szt.

Ilość paneli: 14 szt.

Moc zainstalowana po stronie AC: 3,5 kW

Moc zainstalowana po stronie DC: 14 x 260 Wp = 3,64 kWp

2.2 Potrzeby własne

- Zużycie energii na potrzeby własne 5 kWh/rok

2.3 Obliczenia instalacji

Obliczenia techniczne dotyczą sprawdzenia doboru przewodów, kabli i zabezpieczeń.

Przeprowadzono następujące obliczenia:

- prąd obliczeniowy szczytowy obwodu,*
- sprawdzenie obciążalności kabli i dobór zabezpieczeń,*
- prąd zwarcia 1 -fazowego i sprawdzenie skuteczności ochrony przeciwporażeniowej (samoczynne wyłączenie).*
- sprawdzenie dopuszczalnych spadków napięcia Obliczenia potwierdzają prawidłowy dobór kabli."*

W związku z powyższym zamawiający w ramach realizacji zamówienia wymagał dostawy i montażu m. in. 1 zestawu instalacji fotowoltaicznej o określonych parametrach tj. o łącznej mocy min. 3,64kWn składający się z max. 14 szt. paneli (które to wymogi zostały powtórzone w poz. nr 5 Tabeli nr 1 we Wzorze Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ), jak również zamontowania do powyższej instalacji 1-fazowego inwertera (na co wskazywał jednoznacznie wymóg określony w pkt 1.8 Projektu Budowlano - Wykonawczego Instalacji Fotowoltaicznej). Jednocześnie, co wiąże się z powyższym, jak wskazano w pkt 1.7 Moduły fotowoltaiczne z optymalizatorami Projektu Budowlano - Wykonawczego Instalacji Fotowoltaicznej zamawiający wskazał, że *„Panele muszą być o mocy nominalnej pojedynczego modułu nie mniej niż 260Wp.”* W ramach zamówienia wykonawca zobowiązał się również do podłączenia instalacji do sieci elektroenergetycznej wraz ze zgłoszeniem przyłączenia instalacji do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronach nakładu.

Po dokonaniu wglądu do ofert złożonych w postępowaniu Odwołujący stwierdził, że FLEXIPOWER zaoferowało w ramach poz. nr 5 Tabeli nr 1 we Wzorze Formularza Ofertowego moduły Sunergy USA Works LLC SUN285-60M oraz inwerter SolaxPower X1-3.0. Zgodnie z kartą katalogową producenta SUNERGY moduły Sunergy USA Works LLC SUN285-60M zaoferowane przez Zamawiającego cechują się następującymi parametrami:

W tym miejscu odwołania znajduje się fragment ze wskazanymi parametrami z karty katalogowej.

Ponadto, w ramach poz. nr 5 Tabeli nr 1 we Wzorze Formularza Ofertowego FLEXIPOWER zaoferowało 1-fazowy (co wynika z karty katalogowej producenta) inwerter SolaxPower X1-3.0:

W tym miejscu odwołania znajduje się fragment ze wskazanymi karty katalogowej producenta.

Jak wskazuje Odwołujący, aby osiągnąć moc wymagana przez Zamawiającego dla zestawu określonego w poz. nr 5 Tabeli nr 1 we Wzorze Formularza Ofertowego tj. 3,64kWn konieczne będzie zainstalowanie minimum 13 szt. modułów Sunergy USA Works LLC SUN285-60M, przez co instalacja osiągnie łączna moc o wartości 3,705 kWp.

Tymczasem w Rozdz. 3 pkt 31 ppkt 3.1 Karty aktualizacji dokonane zostały następujące zmiany dotyczące szczegółowych wymagań technicznych dla jednostek wytwórczych przyłączanych jak i przyłączonych do sieci dystrybucji PGE Dystrybucja S.A.:

„31. W Załączniku nr 1 po pkt. 1.2. dodano nowy pkt. 1.3 (jednocześnie zmieniono odpowiednio numerację dotychczasowych pkt od 1.3. do 1.10.) w następującym brzmieniu:

1.3 Jednostki wytwórcze o mocy zainstalowanej większej niż 3,68 kW przyłączane są do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. w sposób trójfazowy. ”

Wymóg został potwierdzony w Tabeli nr 2. („Zbiorcze zestawienie wymagań dla mikroinstalacji w zależności od mocy zainstalowanej”) z Rozdz. III pkt 9.3 Karty aktualizacji:

W tym miejscu odwołania znajduje się fragment z tabeli nr 2.

Powyższe oznacza, że zgodnie z najnowszymi wymogami operatorów sieci energetycznych wszystkie wybudowane mikroinstalacje powyżej mocy 3,68kWp muszą zostać bezwzględnie przyłączone 3-fazowo. Tymczasem FLEXIPOWER w ramach pozycji nr 5 Tabeli nr 1 we Wzorze Formularza Ofertowego zaproponował w ofercie inwerter SolaxPower X1-3.0, który jest 1- fazowy, przez co na podstawie wymogów z Karty aktualizacji nie jest dopuszczalne podłączenie takiej instalacji do sieci dystrybucyjnej operatora sieci energetycznej. W związku z powyższym oferta FLEXIPOWER powinna podlegać odrzuceniu jako nieważna na podstawie przepisów odrębnych przepisów tj. Karty aktualizacji wydanej zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa oraz ze względu na jej niezgodność z postanowienia SIWZ poprzez niemożliwość podłączenie instalacji do sieci elektroenergetycznej wraz ze zgłoszeniem przyłączenia instalacji do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronach zakładu (pkt 4.2 ppkt 11 SIWZ). Wobec powyższego, Zamawiający w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty FLEXIPOWER dopuścił się naruszenia przepisów opisanych w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp.

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 §1 Kc. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treści art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W powyższej przesłance chodzi nie tylko o przypadki, gdy wobec niespełnienia określonego przepisu przewidziana została wprost sankcja nieważności oświadczenia woli, ale również sytuacje, w których wobec niespełnienia określonych wymogów przewidzianych w przepisach odrębnych oferta wykonawcy nie będzie mogła być dalej uznawana za pozwalającą na zawarcie ważnej umowy o realizację zamówienia publicznego (tzw. nieważność wtórna).

W okolicznościach sprawy Karta aktualizacji została wydana na podstawie art. 9g ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2018 r. poz. 755 ze zm.), dalej zwanej: „ustawą Pe”, zgodnie z której treścią: „ Operator systemu dystrybucyjnego, w terminie 60 dni od dnia ogłoszenia zatwierdzonej instrukcji, o której mowa w ust. 7, przedkłada Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki do zatwierdzenia, w drodze decyzji, instrukcję wraz z informacją o zgłoszonych przez użytkowników systemu uwagach oraz

sposobie ich uwzględnienia. Operator zamieszcza te dokumenty na swojej stronie internetowej”.

Natomiast co istotne, zgodnie z art. 9g ust. 12 ustawy Pe: „Użytkownicy systemu, w tym odbiorcy, których urządzenia, instalacje lub sieci są przyłączone do sieci operatora systemu gazowego lub systemu elektroenergetycznego, lub korzystający z usług świadczonych przez tego operatora, są obowiązani stosować się do warunków i wymagań oraz procedur postępowania i wymiany informacji określonych w instrukcjach (...).”

W związku z powyższym, zarówno Zamawiający, jak wykonawcy biorący udział w postępowaniu na tworzeniu instalacji fotowoltaicznych podlegających podłączeniu do sieci dystrybucyjnej powinni działać zgodnie z warunkami i wymaganiami oraz procedurami postępowania i wymiany informacji określonymi w instrukcjach. W okolicznościach sprawy Zamawiający jest więc związany postanowieniami Karty aktualizacji, a w szczególności wymogiem dotyczącym skorzystania z inwertera 3-fazowego dla instalacji przekraczających określoną moc: *„Jednostki wytwórcze o mocy zainstalowanej większej niż 3,68 kW przyłączone są do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. w sposób trójfazowy”*. Ze względu na konieczność respektowania wymogów Karty aktualizacji również przez wykonawców, FLEXIPOWER przy sporządzaniu oferty powinno wziąć pod uwagę wymóg związany z zastosowaniem inwertera 3-fazowego będąc świadomym, że zaoferowana w poz. nr 5 Tabeli nr 1 we Wzorze Formularza Ofertowego instalacja przekracza moc 3,68kWp.

W związku z powyższym, zaoferowana przez FLEXIPOWER instalacja nie może podlegać przyłączeniu do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronie zakładu (pkt 4.2 ppkt 11 S1W7.), co oznacza, iż w ramach oferty nie dojdzie do (nie ma obiektywnej możliwości) pełnej i prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Ofertę wniesioną przez FLEXIPOWER należy zatem uznać za nieważną na podstawie odrębnych przepisów tj. Karty aktualizacji wydanej na podstawie art. 9g ust. 8 w zw. z art. 12 ustawy Pe.

Wyżej opisana obiektywna niemożliwość świadczenia uregulowana została przepisami Kodeksu cywilnego - art. 387 §1. Przywołany przepis stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Świadczenie niemożliwe to takie, które według umowy miałby wykonać dłużnik, a które jest niemożliwe do realizacji. Niemożliwość świadczenia może istnieć, jako pierwotna, obiektywna, czy następcza. Niemożliwość świadczenia polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić danego świadczenia - wyrok SN z 20.03.2009 r., sygn. akt: II CSK 611/08.

Opisane powyżej uwarunkowania mają miejsce w przedmiotowym przypadku, żaden z wykonawców nie byłby w stanie wykonać umowy przy założeniach wynikających z oferty FLEXIPOWER.

Co więcej - tak jak ma to analogiczne miejsce w przedmiotowym przypadku - SN stwierdził w wyroku z 12.08.2008 r., sygn. akt: IV CSK 81/09: niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 KC nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. W orzecznictwie podkreśla się również, że art. 387 KC odnosi się do uprzedniej i obiektywnej niemożności świadczenia wynikłej zarówno z przyczyn faktycznych, jak i prawnych - niemożliwość zachodzi także wtedy, gdy spełnieniu świadczenia sprzeciwia się obowiązująca norma prawna (tzw. niemożliwość prawna, por. uchw. SN z 30.12.1975 r., III CZP 86/75, OSNCP 1976, Nr 6, poz. 125; post. SN z 26.3.1998 r., I CKN 227/97, OSNC 1998, Nr 11, poz. 179; wyr. SN z 27.6.2001 r., II CKN 602/00, OSNC 2002, Nr 2, poz. 28; w ujęciu P. Machnikowskiego, w: System PrPryw, t. 5, s. 514) oraz wyrok SA w Katowicach z 21.01.2005 r., sygn. akt: I ACA 1313/04. Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowego przypadku, skoro Wytyczne Aktualizacji mają moc wiążącą jeszcze przed zawarciem przez FLEXIPOWER umowy, to niniejszym mamy do czynienia z przypadkiem niemożliwości pierwotnej, albowiem niemożliwość wykonania umowy zachodziłaby już w chwili jej zawarcia. Dobitnie w tym względzie wypowiedziano się w wyroku SA w Krakowie z 27.09. 2016 r., sygn. akt I ACa 457/16: *„W przepisie art. 387 § 1 KC chodzi o niemożność natury obiektywnej - świadczenie może być obiektywnie niewykonalne już w chwili, gdy zobowiązanie ma powstać (niemożliwość pierwotna lub uprzednia) i wówczas stosunek obligacyjny w ogóle nie powstaje, gdyż nie można uznawać za wiążące zobowiązania się do zachowania niemożliwego.”*

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Konsekwencją niezgodności oferty FLEXIPOWER z wymogami Karty aktualizacji jest również konieczność odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ. Jak wskazuje bowiem Wykonawca, wobec niespełnienia wymogów Karty aktualizacji instalacja zaoferowana w poz. nr 5 Tabeli nr 1 we Wzorze Formularza Ofertowego FLEXIPOWER nie będzie mogła podlegać podłączeniu do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A., w związku z czym nie dojdzie do pełnej realizacji przedmiotu zamówienia tj. pkt 4.2 ppkt 11 SIWZ lub będzie to realizacji niezgodna z takim wymogiem. Realizacja przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ nie będzie możliwa. Odwołujący wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

prowadzone w oparciu o przepisy Pzp jest postępowaniem sformalizowanym. Zamawiający jest zatem związany procedurami obowiązującymi w przepisach Pzp. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami, wykonawca ma natomiast obowiązek sprostać wymaganiom Zamawiającego lub nie składać oferty w postępowaniu. Jednocześnie przepisy Pzp zakazują dokonywania przez wykonawcę modyfikacji treści oferty po upływie terminu składania ofert. Odwołujący zaznacza, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w postępowaniu są związani treścią SIWZ. Jednocześnie należy podkreślić, iż również Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami. Skoro Zamawiający ukształtował treść wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, żądając, aby Wykonawca spełniał określone warunki SIWZ, powinien następnie działać konsekwentnie, oceniając złożone w postępowaniu oferty poprzez pryzmat sprecyzowanych na etapie przygotowania SIWZ wymagań. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z 19.04.2019 r., sygn. akt: KIO 621/19. Powyższy pogląd potwierdzono również w wyroku z 11.07.2018 r., sygn. akt: KIO 1248/18. Zamawiający jest więc zobowiązany do oceny złożonych ofert w postępowaniu zgodnie z ustaloną przez siebie treścią SIWZ. Jeżeli treść jakiegokolwiek oferty nie odpowiada treści wymagań określonych przez Zamawiającego (a zwłaszcza tak istotnych wymagań jak te dotyczące opisu przedmiotu zamówienia), Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Konieczność odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada zapisom SIWZ podkreśliła również KIO m. in. w wyrokach z 26.01.2017 r., sygn. akt: KIO 11/17 oraz z 24.03.2015 r., sygn. akt: KIO 436/15. Mając na uwadze przedstawioną powyżej ugruntowaną linię orzecznicza, oferta FLEXIPOYVER, powinny zostać przez Zamawiającego odrzucona, jako oferta niezgodna z postanowieniami SIWZ ze względu na niemożliwość przyłączenia instalacji do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronie zakładu (pkt 4.2 ppkt 11 SIWZ).

3. Naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp. W wyniku naruszeń opisanych powyżej naruszeniu uległy również przepisy art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z poinformowaniem o wyborze oferty FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu oraz art. 91 ust. 1 Pzp w związku z zaniechaniem dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 15.10.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17.10.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD. W tym zakresie, Izba zaliczyła w szczególności oferty Odwołującego oraz Przystępującego oraz oferty innych Wykonawców, które były ważne na stan wynikający z czynności Zamawiającego z 04.10.2019 r. (oferta JSB CONSTRUCTION PPHU J. S., ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino; oferta LUMASTER Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 12A, 05-250 Słupno; oferta PRO-ECO sp. z o.o., Al. Zwycięstwa 245/7, 81-525 Gdynia).

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczył także złożone przez Odwołującego jako dowód na rozprawie:

- 1) Kopię decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 18.04.2019 r. nr DRR.WRE.4321.29.2018.ŁW;
- 2) Zał. nr 1 do decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 18.04.2019 r. nr DRR.WRE.4321.29.2018.ŁW, tj. Karta aktualizacji Nr B/2/2018 Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej;
- 3) Wydruk korespondencji między Odwołującym a PGE Dystrybucja SA oddział w Lublinie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 §1 Kc poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o. o. Sp. k. ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów tj. Karty Aktualizacji Nr B/2/2018 Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej (stanowiącej Zał. nr 1 do decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 18.04.2019 r. nr DRR.WRE.4321.29.2018.ŁW oraz wydanej na podstawie art. 9g ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2018 r. poz. 755 ze zm.), zwanej dalej: „*Kartą aktualizacji*”, zmieniającej Instrukcję Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej zatwierdzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki decyzją nr DRR-4321-29(5)/2013/MKo4 z 10.09.2013 r.,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty FLEXIPOWER ze względu na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ, tj. poprzez niemożliwość podłączenie instalacji do sieci elektroenergetycznej wraz ze zgłoszeniem przyłączenia instalacji do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronie zakładu (pkt 4.2. ppkt 11 SIWZ).
3. art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez poinformowanie o wyborze oferty FLEXIPOWER jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisów wskazanych powyżej,
4. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, spośród ofert

złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu, oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, w tym w szczególności wskazane tam postanowienia SIWZ (pkt 4.2 ppkt 21, pkt 4.3 SIWZ, jak i zał. nr 1, tj. projekt budowlano-wykonawczy instalacji fotowoltaicznej o mocy 3, 64 kWp – pkt 1.7, 1.8 oraz pkt od 2.1 do 2.3). Nadto, istotna jest poz. 5 tabeli nr 1 formularza ofertowego – stanowiącego zał. nr 3 do SIWZ, czyli oferty Przystępującego.

Jednocześnie w dniu 09.09.2019 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do przedłożenia dokumentów zgodnie ze wskazaniem w nim zawartym. W dniu 17.09.2019 r. Przystępujący dostarczył stosowne dokumenty w tym m.in. Kartę techniczną modułu fotowoltaicznego oraz kartę techniczną inwertera.

W dalszej kolejności Izba podnosi, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 04.10.2019 r. była poprzedzona analogiczną czynnością z 23.09.2019 r. Z kolei, w dniu 23.09.2019 r. Przystępujący przesłał Zamawiającemu informacje e-mailową, gdzie stwierdził, że: *„(...) swojej ofercie zaoferował moduł SUN285-60 M, o grubości ramy 35 mm który to wymiar nie był dopuszczony zgodnie z pyt 1 z dn. 14.08.2019 , prosimy o informacje na jakiej podstawie została wybrana oferta FlexiPower Group skoro nie spełnia wymagań Siwz. W załączeniu karta Oferowanego produktu SUN285-60M.”*. Zamawiający w odpowiedzi w dniu 24.09.2019 r. stwierdził, że: *„(...) informuję, iż wysłana przez Państwa karta katalogowa nie jest tożsama z kartą złożoną na wezwanie Zamawiającego przez firmę FlexiPower. Po ocenie dokumentacji złożonej na wezwanie Zamawiającego, uznaje się, że oferta firmy FlexiPower spełnia wymagania zawarte w SIWZ.”*. Jednocześnie w stosunku do czynności z 23.09.2019 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego w dniu 24.09.2019 r. tzw. Informacje o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach Zamawiającego.

W jej konsekwencji Zamawiający w dniu 24.09.2019 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 23.09.2019 r., gdzie stwierdził, że: *„W dniach 23 i 24 września 2019 r. Zamawiający otrzymał pocztą elektroniczną pisma od uczestników postępowania wskazujące na potencjalne niezgodności treści oferty wybranego wykonawcy z treścią SIWZ oraz wskazujące potencjalne podstawy do jej odrzucenia. W tym zakresie niezbędne jest przeprowadzenie dodatkowych czynności wyjaśniających. W związku z powyższym*

Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru oferty oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.”

Z uwagi na zaistniałe okoliczności Przystępującego złożył wyjaśnienia z 01.10.2019 r., gdzie stwierdził: „Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. zaproponował w formularzu ofertowym moduły Sunergy USA Works LLC SUN285-60M o mocy znamionowej 285Wp. Zamawiający w pozycji 5 Tabeli nr 1 Wzorz Formularza Ofertowego oraz w pozycjach 1.7 i 1.8 Projektu Budowlano - Wykonawczego wymagał zainstalowania instalacji fotowoltaicznej o łącznej mocy min. 3,64 kWp składającej się z max. 14 szt. Paneli o mocy nominalnej dla pojedynczego modułu nie mniejszej niż 260 WP. Zaproponowana instalacja posiada parametry odpowiadające wymaganiom SIWZ oraz w zakresie w jakim Zamawiający określił jedynie dolną granicę mocy pojedynczego modułu, zastosowanie zestawu składającego się z paneli o mocy nominalnej 285 Wp jest rozwiązaniem bardziej opłacalnym ekonomicznie dla Zamawiającego.

Działaniem naturalnym, przy obecnych realiach rynkowych jest zaproponowanie przez Wykonawców modułów o wyższej mocy niż 260 WP. Zaoferowanie tym samym instalacji większej mocy umożliwi osiągnięcie przez Zamawiającego lepszego efektu ekologicznego niż zamierzał.

Dobry falownik jednofazowy dla instalacji o mocy min. 3,64 kWp jest rozwiązaniem poprawnym oraz umożliwia zamontowanie instalacji fotowoltaicznej w budynku posiadającym przyłącze jednofazowe, gdzie montaż falownika trójfazowego byłby niemożliwy.

Zaproponowanie przez Wykonawcę modułów większej mocy spowodowało uzyskanie mocy instalacji na poziomie 3,705 kW czyli większej niż zakładana. Wykonawca zaproponował falownik jednofazowy zgodny z wymaganymi projektem. Co istotne, dla instalacji o mocy min. 3,64 kWp Zamawiający w projekcie nie przewidział możliwości zainstalowania falownika trójfazowego.

Na dzień sporządzenia projektu, złożenia ofert oraz dzień złożenia niniejszego pisma poprawnym jest dobór falownika jednofazowego do przedmiotowej instalacji, umożliwiający jej podłączenie przez lokalne OSD do sieci elektroenergetycznej.

FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. zwraca uwagę, że karta aktualizacji B/2/2019 która zawiera wymóg dotyczący przyłączania mikroinstalacji o mocy powyżej 3,687 kWp w sposób trójfazowy wchodzi w życie 15 października 2019r, zgodnie z decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki znak DRR.WRE.4321.29.2018.ŁW z dnia 18 kwietnia 2019 r.

1. zmieniono decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, zatwierdzającą IRiESD z dnia 10 września 2013 r., znak: DRR-4321-29(5)/2013/MK04, wraz ze zmianami, poprzez

zatwierdzenie zmian określonych w Karcie aktualizacji nr B/2/2018 IRiESD stanowiącej Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji,

2. ustalono termin wejścia w życie zmian określonych w pkt 1 w następujący sposób:

a) zmiany zawarte w zakresie Załącznika nr 1 "Szczegółowe wymagania techniczne dla jednostek wytwórczych przyłączanych jak i przyłączonych do sieci Dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A." do IRiESD wchodzi w życie z dniem 15 października 2019 r.

b) pozostałe zmiany zawarte w ww. Karcie aktualizacji IRiESD wchodzi w życie z dniem 22 kwietnia 2019 r.

Powyższe prowadzi do wniosku, że projekt został wykonany w sposób poprawny, a zaproponowane urządzenie w projekcie jako i oferta Wykonawcy umożliwiają podłączenie mikroinstalacji do sieci elektroenergetycznej.

Wymóg dotyczący przyłążeń trójfazowych dla instalacji o mocy powyżej 3,68 kW obecnie nie obowiązuje. Dodatkowo należy zauważyć, że instalacja o mocy minimalnej 3,64 kW w przetargu jest jedną instalacją. Montaż instalacji trwa jeden dzień dlatego nie ma przeciwwskazań by umowa z Wykonawcą została podpisana, a instalacja wykonana, zgłoszona i odebrana przed datą wprowadzenia aktualizacji. Zachowane zostałyby także terminy zawarcia umowy, ponieważ wybór najkorzystniejszej oferty odbył się w dniu 23 września 2019 r. Art. 94 ust. 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Oznacza to, że podpisanie oferty mogłoby mieć miejsce już w dniu 3 października 2019 r., co bez wątplenia pozwoliłoby na wykonanie i przyłączenie mikroinstalacji do sieci PGE Dystrybucja S.A. w terminie do 14 października 2019 r. bez uszczerbku dla postanowień dokumentacji projektowej.

Oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie stanowi tym samym oświadczenia woli niezgodnego z SIWZ oraz art. 9g ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Postanowienia karty aktualizacji nie obowiązują wstecz, ani w dacie, w której możliwe jest wykonanie instalacji zgodnie z projektem z użyciem falownika jednofazowego.

Nadmienić należy, że w ramach niniejszego postępowania pismo Sanito sp. z o.o. zatytułowane „Informacja o niezgodnych z przepisami ustawy czynnościach zamawiającego” nie przedstawia żadnych zarzutów wobec oferty, które mogą potwierdzać się w aktualnym

stanie prawnym, stanowi jedynie próbę przedłużenia postępowania, która ma na celu wywołanie konieczności powtórzenia wyboru oferty po 15 października i w konsekwencji konieczność rozważenia unieważnienia postępowania z uwagi na treść art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Utrzymanie w mocy czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w aktualnym stanie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym wnoszę o unieważnienie czynności unieważnienia i wyboru najkorzystniejszej oferty podjętej w dniu 24 września 2019 r. oraz nadanie dalszego biegu postępowaniu o udzielenie zamówienia wg stanu czynności podjętych na dzień 23 września 2019 r.". Jednocześnie załączył opinie Inspektora Nadzoru: „Zarzut o braku możliwości podłączenia instalacji fotowoltaicznej JEDNOFAZOWEJ o mocy większej niż 3,68Kw w związku z aktualizacją nr. B/2/2018 INSTRUKCJI Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej jest nie słuszny ponieważ decyzją PREZESA URE Z DN. 18.04.2019 Zmiany zawarte w karcie aktualizacji B/2/2018 W ZAKRESIE ZAŁ. NR. 1 wchodzą w życie w dniu 15.10.2019r. Natomiast procedura przetargowa wyłonienia wykonawcy miała miejsce przed 15.10.2019r. a więc zmiany wprowadzone w karcie aktualizacji B/2/2018 jeszcze nie obowiązywały. Po za tym gdyby wybrany wykonawca nie zgłosił wykonanej instalacji do PGE przed datą 15.10.2019 r. to po tym terminie wykona instalację zgodnie z obowiązującymi na dzień wykonania przepisami tj. zastosuje inwerter 3 fazowy.". Do wyjaśnień dołączono również przywołaną decyzję Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 18.04.2019 r. oraz Kartę Aktualizacyjną nr. B/2/2018 INSTRUKCJI Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej. Izba odniesie się do dalszych kwestii w ramach rozpatrywania zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. Jednocześnie uznając, że referuje on do art. 387§ 1 Kc. W konsekwencji należy stwierdzić, że niemożliwość świadczenia musi mieć charakter istniejący obiektywnie i trwały. Dotyczy on bowiem wyłącznie przypadków niemożliwości przedmiotowej, który cechuje obiektywną niewykonalność świadczenia przez kogokolwiek (tak też np. wyrok SN z 18.05.2011 r., sygn. akt: III CSK 217/10: "świadczenie niemożliwe zgodnie z art. 387 § 1 k.c, to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane

według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę"). Ta obiektywna niemożliwość jest wówczas uzasadniona ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (A. Olejniczak w komentarzu do art. 387 Kodeksu cywilnego, LEX 2014). Podobnie w wyroku z 22.04.2010 r., sygn. akt: V CSK 379/09 SN uznał: "czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym - niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 KC odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu (verbe legis: "umowa o świadczenie niemożliwe")."

W okolicznościach przedmiotowej sprawy świadczenie jest niemożliwe tylko metodą Przystępującego, ale każdą inną możliwe do świadczenia. Z tej przyczyny, Izba nie może uznać zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie odrębnych przepisów.

Odniesienie do Praw Energetycznego i Decyzji Urzędu Regulacji Energetyki i ustawy o odnawialnych źródłach energii jest przywołany w odwołaniu i na rozprawie w kontekście art. 387 § 1 Kc. W konsekwencji braku zaistnienia świadczenia niemożliwego, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z podstawy prawnej przywołanej w zarzucie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za zasadny. W konsekwencji uznania zarzutu drugiego, zasadnym jest również zarzut trzeci i czwarty.

Uznać należy, że postanowienia z pkt 4.2 ppkt 21 SIWZ były wymogiem jasnym dla profesjonalistów, uczestników rynku odnawialnych źródeł energii. Jednoznacznie także odnosił się do wytycznych dostępnych na stronie zakładu. Jednoznacznie też wskazywał na PGE Dystrybucja SA. Zaznaczenia wymaga również, że tylko Przystępujący zaoferował w swojej ofercie moduł, który w ramach instalacji przekracza łącznie 3, 64 kW. Przyznał też w swoim piśmie z 01.10.2019 r., że oferuje 13 modułów przez co instalacja osiągnie łącznie 3, 705 kW. Przyznał też w tym samym piśmie, że zaoferował falownik jednofazowy. Pozostali Wykonawcy, którzy złożyli ważne oferty zaoferowali moduły o mocy między 270 a 280 kW, co Izba zweryfikowała na wniosek Odwołującego złożony na rozprawie. Instalacja z 13 modułami w każdym z tych przypadków mieści się w wymogu operatora dla falownika jednofazowego (3, 68 kW). Wynika więc z tego, że tylko Przystępujący nie dostosował swojej oferty do wymogu SIWZ, który odwoływał się do wytycznych operatora. Decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki była z 18.04.2019 r. i została wydana przed ogłoszeniem przez

Zamawiającego przedmiotowego postępowania (17.07.2019 r.), nie w jego trakcie. Pozostali Wykonawcy byli w stanie złożyć oferty zgodne z wymogami SIWZ, także tymi które odwołują się do wytycznych zakładu. Jednocześnie, Izba podnosi za wyrokiem SN z 05.06.2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/2013 - SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem Sądu Najwyższego art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego daje nie tylko wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie, uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ, celem właściwego przygotowania oferty. Dodatkowo, skoro postanowienia SIWZ z pkt 4.2.21 SIWZ nie zostały skutecznie zakwestionowane na etapie SIWZ, były one wiążące dla wszystkich uczestników postępowania.

Nadto, Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego, co do możliwości zmiany ewentualnej umowy w trybie art. 144 ust. 1 pkt 5 Pzp w odniesieniu do art. 144 ust. 1 e Pzp. Uznając, że nie można stwierdzić, że taka zmiana byłaby nieistotna. Byłaby bowiem istotna, gdyż zmiana proponowana 1 fazowego falownika z oferty na 3 fazowy powoduje zmianę warunków, które, gdyby były postawione w postępowaniu, w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści (art. 144 ust. 1 e pkt 2a Pzp). Izba wskazuje, że zgodnie z art. 144 ust. 1 e Pzp wystarczy zaistnienie jednej z okoliczności wymienionej. Należy także podkreślić, że Zamawiający wyraźnie w SIWZ oczekiwał falownika jednofazowego w projekcie budowlano-wykonawczym instalacji fotowoltaicznej o mocy 3, 64 kWp (pkt 2.3 tiret trzeci). Powyższe także przyznał Przystępujący w swoim piśmie z 01.10.2019 r. Ewentualna więc zmiana, w tym zakresie, jak proponował Przystępujący w swoim piśmie z 01.10.2019 r. oraz na rozprawie stałaby w sprzeczności z przywołanym wymogiem SIWZ i byłaby de facto preferowaniem oferty Przystępującego kosztem ofert innych Wykonawców, którzy złożyli ważne oferty trzymając się ściśle postanowień SIWZ. Podobnie, Izba odnosi się do ewentualnego unieważnienia postępowania, co zaproponował dodatkowo Przystępujący na rozprawie. Byłoby to jawnym przejawem preferowania Przystępującego, w sytuacji gdy w postępowaniu są oferty innych Wykonawców, które są zgodne z decyzją Prezesa Urzędu regulacji Energetyki z 18.04.2019 r.

Izba także zwraca uwagę Zamawiającemu, że jeśli był tak pewny swoich racji, to nie musiał unieważniać pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej z 23.09.2019 r., i mógł oczekiwać na ewentualny wynik ewentualnego odwołania. Nie ma bowiem wątpliwości, że także brak konsekwencji w czynnościach Zamawiającego pośrednio również przyczynił się do zaistnienia aktualnego stanu rzeczy. Powyższe Izba odnosi, dla jasności, do kwestii wejścia w życie w dniu 15.10.2019 r. Karty Aktualizacyjnej nr. B/2/2018 INSTRUKCJI Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej, co powoduje brak możliwości podłączenia instalacji fotowoltaicznej JEDNOFAZOWEJ o mocy większej niż 3,68Kw, czyli takiej jaka zaoferował Przystępujący. Nadto, Izba przypomina, że Wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie do dnia 30.06.2020 r. (Rozdz. 5 pkt 5.1 SIWZ).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba nie dzieliła kosztów albowiem dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że uwzględnienie wszystkich za wyjątkiem pierwszego zarzutu, będzie skutkowało odrzuceniem ofert Odwołującego, czyli zmiana czynności z 04.10.2019 r.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....