

Sygn. akt: KIO 2025/19
KIO 2029/19

WYROK
z dnia 27 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Daniel Konicz

Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 października 2019 r.:

A. przez wykonawcę Inergis S.A. z siedzibą w Częstochowie (KIO 2025/19),

B. przez wykonawcę FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej (KIO 2029/19),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających:

A. Gminę Czernicho,

B. Gminę Liszki,

C. Gminę Skawina,

D. Gminę Świątniki Górne,

E. Gminę Zabierzno,

w imieniu i na rzecz których postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi Gmina Skawina, działająca przez Stowarzyszenie „Blisko Krakowa” z siedzibą w Radziszowie, przy udziale:

A. wykonawcy Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2025/19 po stronie Zamawiającego,

C. wykonawcy Inergis S.A. z siedzibą w Częstochowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2029/19 po stronie Odwołującego,

orzeka:

I. W sprawie o sygn. akt KIO 2025/19:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 4 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie

i ocenę ofert, w tym:

- A. wykluczenie z postępowania wykonawcy Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,
 - B. odrzucenie oferty wykonawcy FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Woli Żaradzińskiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
2. W pozostałym zakresie oddała odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża w częściach równych wykonawcę Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Zamawiającego i:
- A. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego Inergis S.A. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr poniesioną przez Odwołującego Inergis S.A. z siedzibą w Częstochowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B. zasądza od wykonawcy Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 9.300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100) stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - C. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 9.300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100) stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

II. W sprawie o sygn. akt KIO 2029/19:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 5 i 6 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.
2. W pozostałym zakresie oddała odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - A. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600,00 zł poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B. zasądza od wykonawcy Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Gmina Skawina z siedzibą w Skawinie, reprezentowana przez Stowarzyszenie Blisko Krakowa z siedzibą w Radziszowie (dalej: „Zamawiający”) w imieniu i na rzecz:

1. Gminy Czernichów z siedzibą w Czernichowie,
2. Gminy Liszki z siedzibą w Liszkach,
3. Gminy Skawina z siedzibą w Skawinie,
4. Gminy Świątniki Górne z siedzibą w Świątnikach Górnych,
5. Gminy Zabierzów z siedzibą w Zabierzowie

prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE w ramach projektu „Czysta energia blisko Krakowa”, znak sprawy BK.410.1.4.1.2019, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 czerwca 2019 r. pod nr 2019/S 111-271500.

W dniu 10 października 2019 r. wykonawca Inergis S.A. z siedzibą w Częstochowie (Dalej – Inergis lub Odwołujący Inergis) wniósł odwołanie (KIO 2025/19), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Dalej: Sanito lub Przystępujący Sanito) oraz zaniechanie uznania oferty Sanito za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał zamówienia, co Odwołujący jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
2. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Sanito z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty Sanito za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa

wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegał wykluczeniu, oraz mimo, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Sanito jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty;
4. z ostrożności procesowej - art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej (Dalej FlexiPower lub Przystępujący FlexiPower), mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ;
5. z ostrożności procesowej - art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, Romitex Sp. z o.o. z siedzibą w Nałęczowie, Stal Sp. z o.o.; z siedzibą w Stalowej Woli, R. Sp. J. z siedzibą w Nisku (Dalej: Konsorcjum Hymon), mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący Inergis wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Sanito,
2. ponownego badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców: Sanito, FlexiPower i Konsorcjum Hymon,
3. wykluczenia Sanito z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu oraz uznania oferty Sanito za odrzuconą,
4. odrzucenia oferty FlexiPower z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
5. odrzucenia oferty Konsorcjum Hymon z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
6. dokonania wyboru oferty Odwołującego Inergis jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 10 października 2019 r. Odwołujący FlexiPower wniósł odwołanie (KIO 2029/19), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Sanito do złożenia wyjaśnień w zakresie

potwierdzenia spełniania przez moduł MP Solar MP-M – 320 wymogów norm IEC 61730:2016, IEC 61215:2016 oraz IEC 62804-1:2015 wobec sprzeczności oświadczeń w karcie katalogowej złożonej w postępowaniu z treścią złożonych certyfikatów, których złożenia Zamawiający wymagał dla potwierdzenia spełniania wymogów tychże norm,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia wykonawcy Sanito wobec złożenia w formularzu ofertowym w oświadczeniu o oferowaniu urządzenia, które w wyniku przeprowadzenia badania ofert okazałyby się urządzeniami, które nie spełniają wymogów Zamawiającego określonymi w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Dalej: SIWZ),
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez wybór oferty Sanito, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ lub wykonawca podlegał wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub dokumentów:
 - a. w zakresie niespełniania przez moduł MP Solar MP-M-320 wymogu zaoferowania modułu monokrystalicznego z ogniwnem w technologii PERC (str. 25 – 26 załącznika nr 1 do SIWZ – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i jego realizacji),
 - b. w zakresie niewykazania wartości mocy znamionowej modułu MP Solar MP – M – 320 w dokumentach potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z OPZ,
 - c. w zakresie niewykazania wartości mocy znamionowej modułu MP Solar MP – M – 320 w warunkach NOCT 200 W/m²,
4. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty Sanito, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ,
5. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu,
6. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do treści certyfikatu Z2 003057 0004 Rev.00, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący FlexiPower wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenia wykonawcy Sanito z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty,
3. powtórzenia czynności badania oferty Sanito - i w jej wyniku odrzucenie oferty Sanito, względnie -
4. powtórzenia czynności badania oferty Sanito - i w jej wyniku wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

5. zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 złotych, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu instalacji fotowoltaicznych, który po zapoznaniu się ze złożonymi przez Sanito dokumentami mającymi potwierdzić zgodność oferowanego modułu MP Solar MP-M-320, wypowie się na okoliczność:
 - a. czy urządzenie MP Solar MP-M-320 jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ, uwzględniając odpowiedzi zamawiającego na pytania złożone w trybie art. 38 ust. 2 i 4 Pzp,
 - b. czy na podstawie załączonych dokumentów można stwierdzić, że moduł fotowoltaiczny MP Solar MP-M-320
 - posiada ogniwa technologii PERC,
 - jaką moc znamionową posiada urządzenie MP Solar MP-M-320,
 - spełnia warunek mocy znamionowej 62 Wp dla warunków NOCT 200W/m² z uwzględnieniem dopuszczalnej przez producenta w tych warunkach obniżenia sprawności urządzenia,
 - c. czy certyfikat Z2 003057 0003 Rev. 00 jest wystarczający dla potwierdzenia zgodności modułu MP Solar MP-M-320 z normami, których spełnienie wymagane jest przez Zamawiającego,
 - d. czy dokument certyfikatu Z2 003057 0004 Rev. 00 złożony w postępowaniu jest zgodny z treścią certyfikatu Z2 003057 0004 Rev. 00 wydanego przez TÜV SÜD?

8. na wypadek kwestionowania przez Zamawiającego lub wykonawców, którzy złożą ewentualne przystąpienia do postępowania dokumentu, zawierającego wyodrębniony ze złożonego przez Sanito certyfikatu Z2 003057 0004 Rev. 00 QR Code lub kwestionowania, że przekierowuje on do strony certyfikatu Z2 003057 0003 Rev. 00, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki, który po zapoznaniu się z treścią dokumentu certyfikatu Z2 003057 0004 Rev. 00 złożonego przez wykonawcę Sanito przeprowadzi eksperyment polegający na zdekodowaniu kodu QR, który zawiera ten dokument oraz przedstawi treść strony internetowej, do której kod ten odsyła,
9. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania.

KIO 2025/19

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Inergis wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału XIV SIWZ Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 8 Pzp. Wykonawca Sanito w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważyło jego uczciwość, gdyż w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał przynajmniej dwóch umów w sprawach zamówień publicznych, zawartych z tym samym zamawiającym - Gminą Orla. Gmina Orla w 2018 r. przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z Pzp w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa mikroinstalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych w Gminie Orla”. Zamówienie zostało podzielone na trzy części:

1. Część I — Mikroinstalacje fotowoltaiczne,
2. Część II — Kolektory słoneczne, gdzie przedmiot zamówienia obejmował dostawę i montaż 31 instalacji kolektorów słonecznych,
3. Część III — Instalacje mieszane, gdzie przedmiot zamówienia obejmował dostawę i montaż 11 instalacji mieszanych składających się z mikroinstalacji fotowoltaicznej i kolektorów słonecznych.

Gmina Orla dopuściła możliwość składania ofert częściowych. Ofertę można było złożyć w odniesieniu do jednej, dwóch lub wszystkich części. Wykonawca Sanito złożył ofertę na wszystkie trzy części i została ona wybrana jako najkorzystniejsza w Części II i III zamówienia. 10 września 2018 r. między wykonawcą, a Gminą zostały zawarte umowy: nr OG.271.2.2018/2, dotycząca Części II zamówienia, oraz nr OG.271.2.2018 Części III

zamówienia. Treść obu umów była bardzo zbliżona. Termin wykonania obu umów został ustalony na 23 listopada 2018 r. Ponadto obie umowy w § 3 (Obowiązki Wykonawcy), w ust. 2 przewidywały, że: „Wykonawca w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy przedstawia harmonogram realizacji zamówienia. Harmonogram musi uzyskać pisemną akceptację Zamawiającego. Zamawiający dokona zatwierdzenia lub wniesienia uwagi do harmonogramu w terminie 3 dni roboczych od dnia przedłożenia harmonogramu przez Wykonawcę biorąc pod uwagę między innymi umowę o dofinansowanie projektu. Wykonawca jest związany zastrzeżeniami i wskazaniem Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest do dostosowania harmonogramu do wskazań Zamawiającego.” Z kolei w § 12 (Odstąpienie od umowy), w ust. 2 pkt 1 umowy zastrzegają, że zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli wykonawca nie rozpoczął prac lub przerwał prace i nie wznowił ich mimo wezwań zamawiającego przez okres dłuższy niż 14 dni.

Zgodnie ze sporządzonymi przez wykonawcę Sanito, zaakceptowanymi przez Gminę Orla harmonogramami, prace objęte ww. umowami miały rozpocząć się 5 listopada 2018 r., a zakończyć 23 listopada 2018 r. Jednak we wskazanym przez siebie terminie Sanito nie rozpoczęło wykonywania prac objętych ww. umowami. Gmina Orla 14 listopada 2018 r. wezwała wykonawcę Sanito do rozpoczęcia prac objętych ww. umowami w terminie do 16 listopada 2018 r. Mimo tego wykonawca nie rozpoczął prac. W piśmie z dnia 22 listopada 2018 r., które wpłynęło do Gminy Orla 23 listopada 2018 r., a zatem w ostatnim dniu terminu realizacji obu zamówień, wykonawca Sanito wystąpił do Gminy o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu zakończenia realizacji inwestycji do dnia 30 stycznia 2019 r., powołując się na trudności związane z nabyciem materiałów i komponentów niezbędnych do wykonania przedmiotu obu umów. Wykonawca nie wskazał przy tym żadnych konkretnych okoliczności, które usprawiedliwiałyby nierozpoczęcie wykonania prac w terminie wskazanym w harmonogramach lub które uzasadniałyby wydłużenie terminu zakończenia realizacji inwestycji. Pismo składało się z ogólnych stwierdzeń, z których nie wynikało co spowodowało, że wykonawca Sanito nie ponosił winy za niewykonanie zamówienia. Wykonawca powołał się na niemożliwe do przewidzenia i dynamicznie postępujące zmiany w gospodarce światowej, oraz na wpływ na nią takich czynników jak sytuacja geopolityczna, embarga, ograniczanie importu oraz eksportu surowców i materiałów poprzez cła, ale także zmiany atmosferyczne, niejednokrotnie powodujące utrudnienia w transporcie. Jednak brak było informacji jakie konkretnie zdarzenia uniemożliwiły wykonawcy wykonanie obu umów z Gminą Orla i dlaczego. Do pisma nie załączono też żadnych dowodów.

W odpowiedzi Gmina Orla pismem z dnia 26 listopada 2019 r. wezwała Sanito do przedstawienia, w terminie do 28 listopada 2018 r., wszelkich dokumentów

potwierdzających, że zamawiając materiały i komponenty niezbędne do wykonania przedmiotu obydwu umów, zrobił to w odpowiednim, wynikającym z profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności, terminie. Sanito nie odpowiedział na powyższe wezwanie. Wykonawca Sanito dopiero 5 grudnia 2018 r. pismem wskazał, że mimo upływu terminu realizacji prac w dniu 23 listopada 2018 roku, rzeczowe zakończenie wszelkich prac montażowych nastąpi najpóźniej do dnia 19 grudnia 2018 r. Wykonawca oświadczył też, iż wszelkie prace będzie starał się ukończyć w terminie możliwie jak najkrótszym, nie przekraczającym wskazanego terminu. Wykonawca załączył do pisma potwierdzenia złożenia odpowiednich zamówień na potrzebę realizacji przedmiotów zamówień.

W ocenie Odwołującego dokumenty te nie potwierdzały, że wykonawca Sanito wykazał się należyłą starannością w podjęciu wszystkich sił i środków mających na celu terminowe wykonanie prac:

1. zamówienie u producenta kolektorów solarnych - firmy Hewalex Sp. z o.o. zostało złożone 22 października 2018 r., czyli ponad miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;
2. zamówienie u producenta i dostawcy instalacji fotowoltaicznych - firmy Bruk-bet zostało złożone 26 listopada 2018 r., czyli ponad dwa miesiące po zawarciu umów z Gminą Orla i jednocześnie trzy dni po upływie terminu realizacji obu umów (23 listopada 2018 r.). Co więcej, w tym zamówieniu wykonawca Sanito wskazał jako termin dostawy: „03.12.2018 — 04.12.2018”;
3. zamówienie u dostawcy rury solarnej - firmy Evertec Solution zostało złożone 25 października 2018 r., czyli ponad miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;
4. zamówienie u dostawcy materiałów dodatkowych niezbędnych do montażu instalacji - firmy Instal Gum zostało złożone 10 października 2018 r., czyli miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;
5. zamówienie u dostawcy armatury hydraulicznej - firmy Lechar zostało złożone 10 października 2018 r., czyli miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;
6. zamówienie u producenta i dostawcy naczyń przeponowych - firmy Ottone zostało złożone 10 października 2018 r., czyli miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;
7. zamówienie u dostawcy pozostałej armatury hydraulicznej - firmy Rumet zostało złożone 10 października 2018 r., czyli miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;
8. zamówienie u dostawcy armatury elektrycznej - firmy Sea zostało złożone 10 października 2018 r., czyli miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;
9. zamówienie u dostawcy armatury typu stal czarna, ocynkowana — firmy Termstal została złożone 3 października 2018 r., czyli niemal miesiąc po zawarciu umów z Gminą Orla;

10. niewymienione w piśmie wykonawcy Sanito zamówienie u dostawcy paneli fotowoltaicznych - firmy Corab Sp. z o.o. zostało złożone 19 listopada 2018 r., czyli ponad dwa miesiące po zawarciu umów z Gminą Orla, dwa tygodnie po terminie rozpoczęcia prac (5 listopada 2018 r.) i zaledwie na cztery dni przed upływem terminu realizacji obu umów (23 listopada 2018 r.).

Wykonawcę Sanito zdawał sobie sprawę, że na wykonanie zamówienia miał czas tylko do 23 listopada 2018 r., czyli zaledwie dwa miesiące i niecałe dwa tygodnie od dnia zawarcia umów. Tak krótki termin realizacji powodował konieczność zachowania należytej staranności, bez zbędnej zwłoki. Opisane wyżej opóźnienia Sanito w zamówieniu elementów warunkujących prawidłową realizację umów wskazywały, że wykonawca nie tylko dopuścił się rażącego niedbalstwa, ale również przewidywał możliwość naruszenia ciążących na nim zobowiązań umownych i godził się na nie, co wskazuje na winę umyślną Sanito.

Gmina Orla 5 grudnia 2018 r. odstąpiła od obu umów zawartych z wykonawcą Sanito (na podstawie § 12 ust. 2 pkt 1 umowy). Ponadto, powołując się na § 10 ust. 2 pkt 3 umowy, Gmina wezwała Sanito do zapłaty kar umownych przewidzianych w obu umowach za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

Zarówno przed odstąpieniem przez Gminę Orla od obu ww. umów, jak i po tym odstąpieniu, wykonawca Sanito nie wykonał ww. umów w żadnym zakresie — nie spełnił świadczeń, do których był zobowiązany, w szczególności nie wykonał choćby jednej z zamówionych instalacji. Nie był to zatem przypadek nienależnego wykonania zamówień, ale niewykonanie zamówień przez wykonawcę Sanito. Potwierdzało to wypełnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp obligujących Zamawiającego do wykluczenia Sanito z postępowania. Niemniej jednak, ponieważ w dwóch pismach skierowanych do Gminy Orla wykonawca SANITO podważał skuteczność i legalność dokonanych przez Gminę Orla odstąpień, Odwołujący odniesie się do argumentacji zawartej w tych pismach. Odwołujący podkreśla jednak, że czyni to wyłącznie z ostrożności procesowej, gdyż odstąpienie od umowy przez zamawiającego nie jest przesłanką przewidzianą w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

7 grudnia 2018 r. wykonawca Sanito dowiedział się, za pośrednictwem poczty elektronicznej, o odstąpieniu przez Gminę Orla od obu umów. W ocenie Odwołującego to właśnie z tego powodu Sanito właśnie 7 grudnia 2018 r. rozpoczął czynności faktyczne zmierzające do montażu instalacji, na co powołał się w swoim piśmie do Gminy Orla z 20 grudnia 2018 r. Nie była to przypadkowa zbieżność dat, a podjęcie przez Sanito czynności faktycznych zmierzających do montażu instalacji właśnie 7 grudnia 2018 r. wynikało tylko i wyłącznie w celu skłonienie Gminy Orla do zmiany stanowiska i odwołania jej oświadczeń

o odstąpieniu od obu umów. Było to zatem swego rodzaju „przygotowanie gruntu” pod negocjacje z Gminą Orla.

14 grudnia 2018 r., wykonawca Sanito zakwestionował skuteczność i legalność oświadczeń Gminy Orla o odstąpieniu od obu umów z dwóch powodów, tj.:

1. niezachowania formy pisemnej oświadczenia o odstąpieniu, podczas gdy zgodnie z postanowieniami § 12 ust. 3 obu umów, odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności takiego odstąpienia i powinno zawierać uzasadnienie. Tymczasem, jak twierdził wykonawca Sanito, oświadczenia Gminy Orla z dnia 5 grudnia 2018 r. zostały mu przesłane wyłącznie mailem i z tego względu nie zawierały podpisu osoby upoważnionej do ich złożenia;
2. braku wskazania przez Gminę Orla w postanowieniach § 12 umowy terminu, po upływie którego prawo odstąpienia wygasa, co miało pozbawić jakiegokolwiek możliwości wykonania tego prawa przez Gminę Orla. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego wykonawca Sanito wskazał, że zastrzeżenie prawa odstąpienia nieograniczonego w czasie było nieważne, stosownie do art. 58 § 1 i 3 Kc, i nie wywoływało żadnego skutku.

Gmina Orla nie zgodziła się z ww. zarzutami i podtrzymała swoją decyzję o odstąpieniu od obu umów.

W kolejnym piśmie Sanito dotyczącym dokonanych przez Gminę Orla odstąpień, z 20 grudnia 2018 r., wykonawca zmienił swoje stanowisko, wycofał się z twierdzeń o niezachowaniu formy pisemnej oświadczeń o odstąpieniu i braku wskazania w postanowieniach § 12 umowy terminu, po upływie którego prawo odstąpienia wygasało. Wykonawca Sanito stwierdził, że: „Ponieważ Zamawiający w piśmie z dnia 14.11.2018 r. wyznaczył Wykonawcy termin do dnia 16.11.2018 r., w którym nie poinformował o skorzystaniu z umownego prawa odstąpienia, termin 14 dni w świetle postanowień zawartych w § 12 ust. 2 pkt. 1 umów, upłynął zatem w dniu 29.11.2018 r. W tym dniu Zamawiający nie wykonał prawa odstąpienia i tym samym przyjąć należy, że odpadła podstawa do odstąpienia od umów w tym trybie, a zatem odstąpienie uznać należy za bezskuteczne”. Wykonawca Sanito zaczął zatem twierdzić, że termin 14 dni, wskazany w § 12 ust. 2 pkt 1 obu umów, to termin na - skorzystanie przez Gminę Orla z prawa odstąpienia, oznaczony zgodnie z art. 395 § 1 Kc, a Gmina Orla tego terminu nie dochowała. W ocenie Odwołującego twierdzenie to było nieuprawnione.

Ani w piśmie z 14 grudnia 2018 r., ani w piśmie z 20 grudnia 2018 r. wykonawca Sanito nie zakwestionował stwierdzenia Gminy Orla zawartego w obu pismach z dnia 5 grudnia 2018 r., wskazującego na niedokonanie przez wykonawcę zamówienia materiałów i komponentów w odpowiednim terminie. W ww. pismach Gmina Orla podniosła, że: „(...) zawiadomienie

o wyborze Państwa oferty otrzymali Państwo w dniu 21 sierpnia 2018 r. Umowa została podpisana w dniu 10 września 2018 r. Termin podpisania umowy był przesuwany na Państwa wnioski. Pierwsze zamówienia złożyli Państwo w dniu 3 października 2018 r. W takim stanie faktycznym nie można twierdzić, że zamawiając materiały i komponenty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, zrobili to Państwo w odpowiednim, wynikającym z profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności, terminie, a zatem powoływanie się przez Państwa na niezależne od Was przyczyny zewnętrzne skutkujące niemożnością prowadzenia prac jest nieuzasadnione". Wykonawca Sanito do powyższych stwierdzeń Gminy Orla w żaden sposób się nie odniósł, nawet im nie zaprzeczył, kwestionując skuteczność i legalność odstąpienia z zupełnie innych, formalnych przyczyn.

Obecnie między Sanito, a Gminą Orla toczy się spór sądowy, co do zasadności naliczenia kar umownych, a także, co do skuteczności odstąpienia przez Gminę od umów. Okoliczność ta nie powoduje jednak, że do chwili prawomocnego rozstrzygnięcia przez sąd wykonawca Sanito nie może być wykluczony z postępowań na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Odwolujący wskazał ponadto, że dwie ww. umowy z Gminą Orla nie były jedynymi umowami w sprawach zamówień publicznych, które nie zostały wykonane przez wykonawcę Sanito. Nie wykonał on również dwóch umów zawartych w dniu 25 września 2018 r. z Gminą Narewka:

1. umowy numer ZP.271.1.2.2018 na dostawę i montaż systemów kolektorów słonecznych na terenie Gminy Narewka,
2. umowy numer ZP.271.1.2.2018 na dostawę i montaż systemów paneli fotowoltaicznych na terenie Gminy Narewka.

Gmina Narewka odstąpiła od ww. umów na podstawie ich § 26 ust. 1 pkt 2, który przyznał takie uprawnienie zamawiającemu w przypadku nie rozpoczęcia przez wykonawcę realizacji przedmiotu umowy bez uzasadnionych przyczyn. Strony określiły termin zakończenia realizacji zamówień będących przedmiotem ww. umów na dzień 30 października 2018 roku. W wyniku zawartych aneksów termin ten wydłużono do 30 listopada 2018 roku. Mimo tego Sanito do dnia 30 listopada 2018 roku nie rozpoczął ich realizacji, w szczególności nie wykonał żadnej instalacji. Powyższe dowodzi, że niewykonanie umów zawartych z Gminą Orla nie miało charakteru zdarzenia jednostkowego czy wyjątkowego.

Zarzut nr 2

Zamawiający wskazał w SIWZ w Rozdziale XVI (Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia oraz spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego), że:

„1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (...) w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

2. W JEDZ należy podać następujące informacje:

- 1) informacje dotyczące Wykonawcy - w Części II JEDZ,
- 2) informacje na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 8 - informacje wymagane w Części III JEDZ".

Stosownie do powyższego wykonawca Sanito złożył wraz z ofertą wypełniony i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym formularz JEDZ. W Części III, Sekcja C, w pkt „winien poważnego wykroczenia zawodowego” na pytanie: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego” odpowiedział: „Nie”. W tej samej Części i Sekcji JEDZ, w punkcie „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” wykonawca Sanito na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową” odpowiedział, że: „Nie”. Zatem wykonawca Sanito nie przyznał się w JEDZ ani do popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego, ani nawet do tego, że wcześniejsze umowy w sprawach zamówień publicznych, zawarte z Gminą Orla, zostały rozwiązane przed czasem i że w związku z tym na Sanito nałożono kary umowne.

Ww. oświadczenia wykonawcy Sanito były nieprawdziwe. Składając oświadczenia Sanito miał obowiązek poinformować Zamawiającego o zaistnieniu okoliczności opisanych w pkt I powyżej i wykazać, a przynajmniej próbować wykazać, przedstawiając odpowiednie dowody, że podjęte przez niego środki były wystarczające do wykazania jego rzetelności, zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp. Tymczasem wykonawca zataił przed Zamawiającym okoliczności opisane powyżej i zapewnił go w JEDZ, że te okoliczności nie zaistniały, czym wprowadził Zamawiającego w błąd. Tym samym ziściły się wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Sanito składając w JEDZ ww. oświadczenia wiedział, że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważało jego uczciwość - w szczególności, w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał dwóch zamówień na rzecz Gminy Orla.

Z tego względu nie wchodziło w rachubę wezwanie wykonawcy Sanito do uzupełnienia JEDZ o informacje o tym, iż wykonawca ten był winien poważnego wykroczenia zawodowego oraz że znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, i w której nałożone zostały inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Takie uzupełnienie prowadziłyby bowiem właśnie do zastąpienia informacji nieprawdziwych innymi informacjami.

Zarzut nr 3

Zarzut został postawiony w konsekwencji zarzutu 1 i 2. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę Sanito z postępowania i uznać jego ofertę za odrzuconą, zatem dokonany wybór nie był prawidłowy.

Zarzuty nr 4 i 5

Zarzuty postawione zostały z ostrożności procesowej - na wypadek gdyby wykonawca FlexiPower lub Konsorcjum Hymon wnieśli własne odwołania, kwestionując wynik postępowania, w szczególności punktację przyznaną ich ofertom, względnie punktację przyznaną innym ofertom, w tym ofercie Odwołującego. Odwołujący podniósł, że ze względu na bardzo rozbudowane i złożone kryteria oceny ofert nie sposób wykluczyć, iż w razie wniesienia odwołania przez wykonawcę FlexiPower lub przez Konsorcjum Hymon, punktacja przyznana poszczególnym ofertom przez Zamawiającego ulegnie zmianie, a w rezultacie zmianie ulegnie też ranking ofert. Może się zatem okazać, że oferta wykonawcy FlexiPower lub oferta Konsorcjum Hymon ostatecznie zajmie wyższą pozycję w rankingu ofert niż oferta Odwołującego, a nawet okaże się ofertą najkorzystniejszą.

Oferty wykonawców FlexiPower i Konsorcjum Hymon nie odpowiadały treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego.

Oferta FlexiPower:

W załączniku nr 1 do SIWZ, zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego realizacji, na str. 28 Zamawiający określił minimalne wymagania dla pomp ciepła ciepłej wody użytkowej (dalej: CWU). W tabeli — Zestawienie IV.5.1 Zamawiający zawarł następujące wymogi:

1. COP wg EN 16147 dla A15/WIO-55 dla profilu obciążenia XL - nie mniej niż 2,9,
2. Osiągalna temperatura CWU bez dodatkowych źródeł ciepła - min 60°C.

Wykonawca FlexiPower w złożonym formularzu cenowym zaoferował jako pompę ciepła do CWU o mocy 1,5 kW (PCWUI) urządzenie Fervor, model: Cubo XL.

Nazwa Fervor nie jest określeniem producenta pompy ciepła Cubo XL, lecz marką. Właścicielem marki oraz jedynym dystrybutorem na terenie Polski pomp ciepła do ciepłej wody użytkowej typu Cubo H, w obrocie na terenie Polski występujących pod marką Fervor jako Cubo H/XL (Cubo XL), jest firma Inverter Sp. z o.o. Natomiast producentem ww. pompy Cubo XL jest Evolving Living Innovation Center z siedzibą w Fontanafredda we Włoszech. Pompy Fervor Cubo XL bez dodatkowych źródeł ciepła osiągają temperaturę CWU wynoszącą maksymalnie 56°C i posiadają współczynnik COP wg EN 16147 dla A15/WIO-55 dla profilu obciążania XL wynoszący 2,83.

Oferta Konsorcjum Hymon:

Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał pompy ciepła do CWU z otworem rewizyjnym zgodnym z normą PN-EN 12897 Par. 4.1.1. Wymaganie to zostało podtrzymane przez Zamawiającego w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 16 lipca 2019 r., w odpowiedzi na pytanie nr 1.

Konsorcjum Hymon w złożonym formularzu cenowym wskazało, że jako pompę ciepła do CWU o mocy 1,5 kW (PCWUI) oferuje urządzenie Atlantic Explorer 10 coil 270. Pompa ta nie posiada żadnego otworu rewizyjnego. Ponadto zakres temperatur powietrza dla pracy tej pompy to przedział od -50°C do +43°C. Tymczasem Zamawiający wymagał zakresu zastosowania wlotowej temperatury powietrza - nie więcej -70°C. Tym samym zaoferowane przez Konsorcjum Hymon pompy Atlantic Explorer 10 coil 270 nie spełniały wymagań SIWZ.

Odwolujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. kopia umowy nr OG.271.2.2018/2, dotyczącej Części II zamówienia – dowód nr 1,
2. kopia umowy nr OG.271.2.2018 Część III, dotyczącej Części III zamówienia – dowód nr 2,
3. pismo Gminy Orla z dnia 14 listopada 2018 r. dotyczące umowy nr OG.271.2.2018/2 – dowód nr 3,
4. pismo Gminy Orla z dnia 14 listopada 2018 r. dotyczące umowy nr OG.271.2.2018 – dowód nr 4,
5. pismo wykonawcy SANITO z dnia 22 listopada 2018 r. – dowód nr 5,
6. pismo Gminy Orla z dnia 26 listopada 2018 r. – dowód nr 6,
7. pismo wykonawcy SANITO z dnia 5 grudnia 2018 r. – dowód nr 7,
8. zamówienie u producenta kolektorów solarnych - firmy Hewalex sp. z o.o. – dowód nr 7,

9. zamówienie u producenta i dostawcy instalacji fotowoltaicznych - firmy Bruk-bet – dowód nr 8,
10. zamówienie u dostawcy rury solarnej - firmy Evertec Solution – dowód nr 9,
11. zamówienie u dostawcy materiałów dodatkowych niezbędnych do montażu instalacji - firmy Instal Gum – dowód nr 10,
12. zamówienie u dostawcy armatury hydraulicznej - firmy Lechar – dowód nr 11,
13. zamówienie u producenta i dostawcy naczyń przeponowych - firmy Ottone – dowód nr 12,
14. zamówienie u dostawcy pozostałej armatury hydraulicznej - firmy Rumet – dowód nr 13,
15. zamówienie u dostawcy armatury elektrycznej - firmy Sea – dowód nr 14,
16. zamówienie u dostawcy armatury typu stal czarna, ocynkowana - firmy Termstal – dowód nr 15,
17. zamówienie u dostawcy paneli fotowoltaicznych - firmy Corab Sp. z o.o. – dowód nr 16,
18. pismo Gminy Orla z dnia 5 grudnia 2018 r., dotyczące odstąpienia od umowy nr OG.271.2.2018/2 – dowód nr 17,
19. pismo Gminy Orla z dnia 5 grudnia 2018 r., dotyczące odstąpienia od umowy nr OG.271.2.2018 – dowód nr 18,
20. wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 1 marca 2019 r., skierowany przez Odwołującego do Gminy Orla – dowód nr 19,
21. pismo Gminy Orla z dnia 14 marca 2019 r., stanowiące odpowiedź na ww. wniosek – dowód nr 20,
22. pismo wykonawcy SANITO z dnia 14 grudnia 2018 r. – dowód nr 21,
23. pismo Gminy Orla z dnia 20 grudnia 2018 r. – dowód nr 22,
24. pismo wykonawcy SANITO z dnia 20 grudnia 2018 r. – dowód nr 23.

W dniu 23 października 2019 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia je w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Sanito oraz oferty wykonawcy Sanito, tj. zarzutów odwołania o numerach od 1 do 3. Przystępujący Sanito 24 października 2019 r. wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania, a następnie podtrzymał sprzeciw 22 listopada 2019 r., w toku powtórnego posiedzenia i rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2025/19.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów 4 i 5 wskazując m. in.:

Jako najkorzystniejsza w postępowaniu została wybrana oferta nr 2 Wykonawcy Sanito. Oferty nr 3 i 4 złożone przez wykonawców Flexipower oraz konsorcjum Hymon nie zostały

ocenione jako najkorzystniejsza i nie podlegały badaniu w zakresie wykluczenia wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Szczegółowa ocena zgodności tych oferty z SIWZ w zakresie oferowanych urządzeń byłaby dokonana przez Zamawiającego na podstawie oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego - dokumentów składanych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego (Rozdział XVI ust. 9 SIWZ) - co jednak nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zarzuty nr 4 i 5 powyżej podniósł z ostrożności procesowej - na wypadek gdyby wykonawcy Flexipower oraz Konsorcjum Hymon wnieśli odwołania kwestionujące wynik postępowania, w szczególności punktację przyznaną ich ofertom, względnie punktację przyznaną innym ofertom, w tym ofercie Odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu odwołania dotyczące punktacji ofert nie zostały wniesione. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w zakresie ww. zarzutów nie wykazał wszystkich przesłanek opisanych w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. przesłanki, że poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, a więc Odwołującemu nie przysługiwało odwołanie w zakresie opisanym w zarzutach.

Przystępujący Sanito wniósł o oddalenie odwołania w zakresie odnoszącym się do jego oferty i w odpowiedzi na odwołanie wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Kluczową przesłanką dla zastosowania sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp jest zawinienie wykonawcy. W opinii Przystępującego okoliczność ta ma znaczenie fundamentalne, co wynika m. in. z celu, jaki przyświeca art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, a nie została ona wykazana przez Odwołującego.

Pomiędzy Sanito, a Gminą Orla toczy się spór sądowy, wszczęty pozwem wniesionym przez Sanito 28 marca 2019 roku. Spór ten dotyczy obu umów, o których mowa w uzasadnieniu odwołania. W pozwie tym Sanito wniósł o ustalenie, że oświadczenie Gminy Orla o odstąpieniu od obu umów było bezskuteczne i nie wywoływało skutków prawnych. W pozwie Sanito wykazał szereg okoliczności przemawiających za zasadnością prezentowanego stanowiska, poczynszyszy od aspektów natury formalnej (niewykonanie odstąpienia w ustalonym terminie), aż po przywołanie powodów zaistniałego opóźnienia.

W przypadku obu umów Przystępujący wniósł wymagane w dokumentacji przetargowej zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia. W obu przypadkach wystawcą gwarancji był ten sam podmiot — InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie. Gmina Orla, pismami z dnia 20 grudnia 2018 r., zwróciła się do gwaranta o wypłatę kwot objętych gwarancją. Gwarant odmówił wskazując

na szereg okoliczności formalnych i materialnoprawnych. Fakt powyższy stanowił zatem dodatkową okoliczność przemawiającą za brakiem podstaw do zastosowania wobec Przystępującego sankcji w postaci wykluczenia z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Przystępujący nie negował problemów z realizacją dwóch umów z Gminą Orla, ale nie zgodził się z wnioskami, które na ich podstawie wysnuł Odwołujący.

Przystępujący w piśmie do Gminy Orla z 5 grudnia 2019 r. wykazał szereg czynności podjętych w toku realizacji przedmiotowych zamówień, na które składały się zamówienia obejmujące swoim zakresem nabycie m. in. kolektorów solarnych, instalacji fotowoltaicznych, materiałów niezbędnych do instalacji, rury solarnej czy też armatury hydraulicznej oraz elektrycznej etc. Przystępujący załączył także dokumenty obrazujące dziesięć zamówień realizowanych w toku przedmiotowej inwestycji. Kluczowe znaczenie dla obu umów miał zakup kolektorów solarnych. Odpowiadały one wartości ok. 60% zamówienia, a procedura ich zamawiania jest, co do zasady zdecydowanie dłuższa niż w przypadku pozostałych urządzeń i komponentów niezbędnych do realizacji tego rodzaju zamówienia. Producentem rozwiązań zgodnych z oczekiwaniami Gminy Orla wyrażonymi w treści dokumentacji postępowania była firma Hewalex Sp. z o.o. (Dalej: Hewalex). 5 września 2019 r. (pięć dni przed zawarciem umów z Gminą Orla) pracownik Sanito wysłał do Hewalexu wiadomość mailową, dotyczącą ustaleń w zakresie prowadzonych pomiędzy oboma spółkami relacji biznesowych. Wśród nich wymienione zostało przygotowanie umowy, obejmującej dostawę w ramach zadania dla Gminy Orla. Tego samego dnia Hewalex poinformował o przekazaniu sprawy do Działu Inwestycji. Powyższe dowodziło, że Przystępujący przystąpił do realizacji zamówień w odpowiednim terminie, co przeczyło podstawowej tezie odwołania wskazującej na winę Sanito. Przystępujący realizował i realizuje aktualnie liczne inwestycje zbliżone przedmiotowo do umów z Gminą Orla. Dotychczasowa praktyka nie wskazywała na to, że przystępując do zakupów na etapie zbieżnym czasowo z udzieleniem zamówienia, może dojść do jakichkolwiek problemów z jego realizacją. Kolektory solarne to urządzenia, które nie mają charakteru „półkowego”, co oznacza, że wykonawcy realizujący tego typu inwestycje, nie dokonują zakupów w oderwaniu od konkretnych inwestycji. Zatem dopiero po rozstrzygnięciu postępowania (zdecydowana większość tego typu inwestycji zlecana jest w formie zamówień publicznych) możliwe było złożenie sprecyzowanego zamówienia, odpowiadającego w swojej treści SIWZ. Nie było więc możliwości (i celowości) dokonywania zakupów „na zapas”.

W przypadku części III, realizacja zamówienia uzależniona była od dostawy kolektorów solarnych. Do tej umowy odnosiły się zamówienia zlecane spółkom Bruk-Bet Sp. z o.o. (dalej Bruk-bet) oraz Corab Sp. z o.o. (dalej: Corab). Nie było jednak prawdą, że Przystępujący przystąpił do rozmów z tymi dostawcami dopiero w listopadzie 2018 roku. Sanito rozpoczął

rozmowy z firmą Bruk-Bet od początku września 2018 r., a więc przed podpisaniem umowy z Gminą Orla. Sanito, w momencie, w którym uzyskanie zamówienia od Gminy Orla stało się realne (sierpień 2018 r.) dokonał szeregu zakupów, które miały być wykorzystane właśnie na potrzeby tego zamówienia. Powiązania z postępowaniem prowadzonym przez Gminę Orla dowodziły, że zakupy te pochodziły dokładnie od tych dostawców, którzy wymienieni zostali w piśmie Sanito z dnia 5 grudnia 2018 r. skierowanym do Gminy Orla. W efekcie Przystępujący uzyskał zamawiane elementy w terminie umożliwiającym wykonanie przedmiotowych umów.

Powyższe fakty dowodzą, że trudności z realizacją umów zawartych z Gminą Orla nie były konsekwencją zaniechań, czy też uchybień ze strony Sanito. Zasadniczą przyczyną zaistniałych problemów była nadzwyczajna, niespotykana dotychczas i niedająca się przewidzieć sytuacja na rynku dostaw związanych z przedmiotem omawianych inwestycji. W momencie, w którym Przystępujący złożył ofertę Gminie Orla, nic nie zapowiadało tego typu problemów. Pierwsze informacje o kłopotach z terminowym realizowaniem dostaw pojawiły się już po złożeniu oferty. Kulminacja problemów dosięgających całą branżę związaną z wykorzystaniem źródeł energii odnawialnej nastąpiła począwszy od przełomu sierpnia i września 2018 roku. Niezależnie od ww. problemów, Przystępujący podejmował działania zmierzające do wywiązania się z zawartych umów. Jeszcze 7 grudnia 2018 r. zamierzał przeprowadzić montaż instalacji solarnych u kilku odbiorców końcowych. Do montażu nie doszło, ponieważ przedstawiciel Gminy poinformował mieszkańców, że z uwagi na zerwany kontrakt montaż nie może się odbyć. Okoliczność ta świadczyła, że działanie Sanito nie było pozorne - mimo wystąpienia niezależnych od wykonawcy przeszkód dążył on do realizacji zamówień.

Za chybione uznać należało argumenty Odwołującego, że jeśli wystąpiły trudności z dostępem do urządzeń czy komponentów, to Przystępujący powinien przystąpić do wykonania innych prac, np. demontażowych. Praktyka tego rodzaju inwestycji pokazuje, że realizacja urządzeń następuje w ciągu kilku godzin i dokonywana jest w tym samym czasie co pozostałe czynności. Ich rozbicie na części mogłoby negatywnie skutkować dla mieszkańców, było bezcelowe i nieuzasadnione. Na uwagę zasługuje, że omawiane zamówienia obejmowały sam montaż i instalacje, dokumentacja projektowa dostarczana była przez zamawiającego. Co więcej — to zamawiający wymagał w treści Koncepcji technicznej, aby czas montażu na obiekcie był możliwie najkrótszy (jak wskazywał zamawiający, wykonawca, przyjeżdżając „na obiekt”, powinien posiadać zatem wszystkie niezbędne materiały i narzędzia).

Odwołujący wskazał także dwie inne umowy - zawarte z Gminą Narewka. Odwołujący nie wykazał jednak, że do rozwiązania tych umów doszło z przyczyn leżących po stronie

Przystępującego. Sanito podkreślił, że w przypadku umów z Gminą Narewka (dwie umowy zawarte w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja indywidualnych źródeł energii cieplnej i elektrycznej w Gminie Narewka”) przyczyny skutkujące niemożliwością ich realizacji były, co do zasady, analogiczne do tych omówionych w kontekście Gminy Orla. Obie inwestycje realizowane były w tym samym czasie i narażone była na tożsame problemy na rynku inwestycji związanych z odnawialnymi źródłami energii. Obie umowy zawarte zostały 25 września 2018 r., a Sanito już 18 września 2019 r. (tj. po rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz przed zawarciem umów) nawiązało kontakt z przedstawicielem firmy Selfa GE S.A. 17 września 2018 r. przedstawiciel tej spółki potwierdził możliwość realizacji zamówienia. Ponadto w tym samym okresie Przystępujący kontaktował się z przedstawicielem spółki More New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd.

Przystępujący podniósł ponadto, że w dwóch pismach z 5 grudnia 2018 roku Gmina Orla podjęła bezskuteczną próbę odstąpienia od umów 10 września 2018 roku. Skierowane do Sanito pisma, obejmujące rzekomo skutecznie złożone przez Gminę Orla oświadczenia o odstąpieniu od umów nie mogły zostać uznane za wywołujące skutki prawne w postaci dokonania odstąpienia od umów i to zarówno ze względów natury formalnej (sposób złożenia oświadczeń), jak i materialnej (brak ziszczenia się przesłanek materialnoprawnych uprawniających do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umów).

W złożonym 8 listopada 2019 r. piśmie procesowym, stanowiącym uzupełnienie ww. argumentacji Przystępujący Sanito wskazał, ponadto:

W czerwcu 2018 r. Sanito podjął rozmowy w celu zawarcia umów dostaw (osobno dla instalacji solarnych oraz osobno dla fotowoltaicznych) dla realizacji zamówienia dla Gminy Orla. Na etapie poprzedzającym złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Orla Przystępujący planował skorzystać z rozwiązań firmy Corab (w zakresie instalacji fotowoltaicznych). Jednocześnie mając na uwadze, że obie części zamówienia (obie umowy) tj. cz. I (instalacje solarne) oraz (instalacje mieszane - solarne i fotowoltaiczne) obejmowały instalacje solarne, Sanito prowadził jeszcze przed zawarciem umów, rozmowy z firmą Hewalex (producentem instalacji solarnych). Z uwagi na drastycznie topniejące stany magazynowe Corab jeszcze przed zawarciem umów z Gminą Orla oraz brak ich zasilenia, Sanito, w obawie o ewentualne utrudnienia w realizacji umów, rozpoczął rozmowy z innym producentem paneli fotowoltaicznych - z firmą BrukBet. Firma Corab, mimo złożonej w dniu 28 czerwca 2019 oferty, nie zapewniała bezpieczeństwa dostaw wymaganego towaru dla realizacji inwestycji. W związku z tym, że rozmowy z nowym dostawcą paneli fotowoltaicznych, Bruk-Bet, przeciągały się z uwagi na trudności z dostępem

do komponentów oferowanych przez tego dostawcę, finalna dostawa nastąpiła w 26 listopada 2018 roku.

Brak modułu Jinko 305M-60, który miał zostać pierwotnie zastosowany w ramach realizacji inwestycji w Gminie Orla, w firmie Corab utrzymywał się jeszcze przez kolejne miesiące (co najmniej do listopada 2018 r.) — przez cały ten okres Sanito miał wiedzę o brakach w magazynach i podejmował działania zmierzające do nabycia paneli fotowoltaicznych od innego dostawcy. 2 lipca 2018 r. (na ponad 2 miesiące przed zawarciem umów z Gminą Orla) firma Hewalex złożyła ofertę na dostawę instalacji solarnych dla celów inwestycji w Gminie Orla. Bez komponentów składających się na instalacje solarne od Hewalexu niemożliwe było zrealizowanie w jakimkolwiek stopniu obu umów. 5 września 2019 r. (pięć dni przed zawarciem umów z Gminą Orla) pracownik Sanito wysłał do firmy Hewalex wiadomość mailową dotyczącą przygotowania umowy obejmującej dostawę w ramach zadania dla Gminy Orla. Tego samego dnia spółka Hewalex odpowiedziała, informując o przekazaniu sprawy do Działu inwestycji, co w praktyce oznaczało przekazanie inwestycji do realizacji. Zważywszy na stałe relacje biznesowe firmy Hewalex z Sanito, takie zlecenie uruchamiało realizację i wykonanie dostaw dla inwestycji w Gminie Orla. 26 września 2018 r. Sanito przekazał do Hewalexu harmonogram dostaw oraz fakturowania. Z harmonogramu tego wynikało, że Sanito oczekiwał od Hewalexu jednej dostawy w terminie 1 października 2018 roku, która pozwoliłaby na zrealizowanie całej inwestycji w terminie umownym tj. do 23 listopada 2018 r.

27 sierpnia 2018 r. Sanito zawarł umowę najmu magazynu w Grodzisku w celu magazynowania zakupionych w międzyczasie „drobnych”, półkowych materiałów do celów realizacji inwestycji dla Gmin Orla i Narewka. Ewentualny przewóz tych materiałów na miejsce montażu był zależny od dostarczenia głównych komponentów tj. instalacji fotowoltaicznych i paneli solarnych. We wrześniu i w październiku 2018 r. Sanito dokonywał zakupu wszelkich dostępnych na rynku materiałów w celu przygotowania się do realizacji inwestycji. Na przełomie października i listopada 2018 r. Hewalex przejawiał kłopoty z realizacją dostaw komponentów. Sanito pozostawał w ścisłym kontakcie z tym dostawcą w celu poszukiwania innych, dostępnych materiałów, co wiązało się z koniecznością akceptacji tychże materiałów przez nadzór Gminy Orla.

Ze względów logistycznych Sanito korzystał z dwóch rodzajów magazynów tj. magazynu regionalnego (w którym składowane są drobniejsze materiały, „materiały półkowe”, które można było wykorzystać do różnych inwestycji) oraz magazyny lokalne dedykowane konkretnym inwestycjom. Magazyny lokalne umieszczone były:

1. dla inwestycji w Gminie Orla w Bielsku Podlaskim,
2. dla inwestycji w Gminie Narewka w Siemianówce.

Były one utrzymywane, aż do lutego 2019 roku, Sanito miał bowiem wolę realizacji inwestycji na rzecz obu Gmin. Powyższe dowodziło, że Sanito podejmował starania i kontaktował się z innymi dostawcami w celu jak najszybszego pozyskania dostaw na potrzeby realizacji zamówień na rzecz Gminy Orla. Przyczyną niezrealizowania w terminie przedmiotowych umów był brak surowców na rynku (m.in. stali, mosiądzu, miedzi, aluminium, wełny mineralnej itd.) wykorzystywanych do produkcji komponentów i instalacji solarnych/fotowoltaicznych oraz niemożliwość dotrzymania przez dostawców harmonogramów dostaw - na potwierdzenie tego Przystępujący złożył m. in. oświadczenia dostawców działających na rynku polskim.

Ponadto Przystępujący na poparcie twierdzenia o ww. opisanych trudnościach dotyczących dostępności materiałów i urządzeń niezbędnych do realizacji umów na rzecz Gminy Orla złożył wraz z pismami procesowymi oraz przedstawił w toku rozprawy 22 listopada 2019 r. następujące dowody:

1. Opinia na temat rozwoju rynku kolektorów słonecznych w Polsce w III i IV kwartale 2016 roku wydana przez Stowarzyszenie Producentów i Importerów Urządzeń Grzewczych z dnia 14 listopada 2019 roku — dowód nr 24.
2. Opinia Polskiego Stowarzyszenia Fotowoltaiki z dnia 14 listopada 2019 roku – dowód nr 25
3. Oświadczenie Grupa EkoEnergia Sp. z o. o. z dnia 12 listopada 2019 roku — dowód nr 26.
4. Oświadczenie Antinus Sp. z o.o. z dnia 23 października 2019 r. — dowód nr 27.
5. Oświadczenie Grudnik Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2019 roku — dowód nr 28.
6. Oświadczenie Santerm Sp. z o.o. „Grupa SBS” z dnia 14 listopada 2019 roku — dowód nr 29.

Zarzut nr 2

Odpowiadając w JEDZ na pytanie dot. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp Przystępujący odpowiedział zgodnie ze swoją wiedzą i przekonaniem „Nie”, ponieważ Sanito nie uznawał się winnym braku możliwości realizacji kwestionowanych przez Odwołującego umów. Przystępujący prowadzi spór w zakresie umów z Gminą Orla, zatem twierdząca odpowiedź na pytanie o to, czy był winny poważnego wykroczenia zawodowego byłaby irracjonalna. Odnosząc się natomiast do odpowiedzi na pytanie o to, czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem (a więc pytanie skorelowane z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp) Przystępujący wskazał, że Zamawiający nie zdecydował się na weryfikację wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania przez pryzmat przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Zgodnie z informacją z Rozdziału XIV pkt 2 SIWZ, spośród fakultatywnych przesłanek wykluczenia Zamawiający wskazał jedynie na te z art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 8 Pzp. Brak wskazania na art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp pozbawił Zamawiającego jakiejkolwiek możliwości weryfikowania okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

W ocenie Przystępującego Sanito powyższe okoliczności wskazywały na nietrafność zarzutu nr 2.

Przystępujący Flexipower w piśmie procesowym z 8 listopada 2019 r. ustosunkował się do zarzutu odwołania nr 4:

Procedura odwrócona nie zwalnia co prawda Zamawiającego od obowiązku zbadania wszystkich ofert pod kątem ich zgodności z SIWZ, ale powyższe nie oznaczało, że Zamawiający nie powinien badać ofert również na etapie po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów dotyczących warunków przedmiotowych. Przystępujący FlexiPower nie został wezwany przez Zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, więc zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty był co najmniej zarzutem przedwczesnym. Przepisy Pzp nie posługują się pojęciem przedwczesnego zarzutu odwołania, a co za tym idzie, nie określają ani tego, kiedy dany zarzut odwołania był przedwcześnie postawiony, ani tym bardziej jakie w takiej sytuacji orzeczenie powinna wydać Izba. Zastosowanie do powyższej sytuacji powinny zatem mieć per analogiam zasady postępowania cywilnego określającego, że powództwo jest wytoczone przedwcześnie, gdy roszczenie powoda (żądanie udzielenia ochrony prawnej przez odwołującego) nie stało się jeszcze wymagalne lub możliwość jego dochodzenia była uzależniona od spełnienia się określonego warunku. W takich przypadkach sąd wyrokiem oddala powództwo, co na kanwie niniejszej sprawy powinno doprowadzić Izbę do wniosku o konieczności oddalenia odwołania w tym zakresie.

Nawet gdyby Zamawiający powziął wątpliwość co do treści dokumentów przedmiotowych w niniejszym postępowaniu po wezwaniu Flexipower do złożenia aktualnych na dzień ich złożenia oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 Pzp na tle powyższego stanu faktycznego, Zamawiający powinien skorzystać z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia,

uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zarzut był niezasadny także ze względu na fakt błędnego założenia przez Odwołującego, że Przystępujący zaoferowała pompę ciepła do podgrzewania ciepłej wody użytkowej, której producentem jest Evolving Living Innovation Center — E.L.I.C srl. Tymczasem, mimo zbieżności nazwy — nota bene niepełnej (Odwołujący wskazał na urządzenie Cubo H/XL) — pompa Cubo XL zaoferowana przez Flexipower produkowana jest przez OEM Energy Sp. z o.o. Złożony na rozprawie dowód — oświadczenie OEM Energy sp. z o.o. stanowił potwierdzenie, że oferowane urządzenie spełniało parametry wymagane przez Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 8 listopada 2019 r. Odwołujący Inergis ustosunkował się do stanowisk Zamawiającego oraz obu Przystępujących i podtrzymał zarzuty odwołania oraz przedstawiona wyżej argumentację. Wskazał ponadto:

Zarzut nr 1

Odnosnie złożonego przez Przystępującego Sanito dowodu — listy zrealizowanych inwestycji w latach 2017-2019 - informacje zawarte w ww. dokumencie dowodziły, że kulminacja problemów, które miały osiągnąć całą branżę związaną z wykorzystaniem źródeł energii odnawialnej, na którą powołał się Przystępujący Sanito, w rzeczywistości nie miała miejsca. Gdyby bowiem kulminacja taka rzeczywiście zaistniała, to dotknęła by różne, zwłaszcza większe, inwestycje, a nie tylko zamówienia realizowane przez Przystępującego Sanito w gminie Orla. Tymczasem jak wynikało z ww. listy, w okresie rzekomej kulminacji problemów dosięgających całą branżę związaną z wykorzystaniem źródeł energii odnawialnej, czyli od września do grudnia 2018 r., Przystępujący Sanito zrealizował co najmniej czternaście innych zamówień, o bardzo zbliżonym przedmiocie, obejmującym dostawę i montaż instalacji solarnych (z kolektorów słonecznych) lub dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych (z paneli fotowoltaicznych), tj. zamówienia dla następujących zamawiających:

1. Józefów nad Wisłą,
2. Gmina Kodeń — część III,
3. Zamość - etap I,
4. Gmina Goraj,
5. Gmina Grodzisk — część 1 i 2,
6. Gmina Michów,
7. Gmina Chełm 1 — część 1,
8. Gmina Chełm 2 — część 1,

9. Gmina Ruda Huta — część 1,
10. Gmina Augustów,
11. Gmina Siemiatycze — część 2,
12. Gmina Kamionka,
13. Gmina Knyszyn — część 1,
14. Gmina Knyszyn — część 2.

Kulminacja problemów, na którą powołał się Przystępujący Sanito, powinna dotknąć również ww. zamówień. Były one realizowane w okresie jej wystąpienia i wymagały zakupu odpowiednich urządzeń (kolektorów słonecznych i paneli fotowoltaicznych), których terminowe dostawy do Gminy Orla zostały rzekomo zakłócone przez nadzwyczajną, niespotykaną dotychczas i niedającą się przewidzieć sytuację na rynku dostaw, mającą wynikać z globalnego deficytu miedzi i stali.

W okresie pokrywającym się z rzekomą kulminacją problemów dosięgających całą branżę związaną z wykorzystaniem źródeł energii odnawialnej (tj. od 14 czerwca 2018 r. do 26 listopada 2018 r.) Odwołujący zrealizował z pełnym powodzeniem zamówienie publiczne, którego przedmiot był bardzo zbliżony do zamówienia w gminie Orla. Odwołujący wykonał zamówienie udzielone mu przez Związek Gmin Dorzecza Wisłoki na: „Wykonanie Inwestycji w ramach Projektu „Instalacje systemów odnawialnych źródeł energii na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki, cz. I - Instalacje kolektorów słonecznych, Instalacje pomp ciepła, Instalacje kotłów na biomasę”, obejmujące m.in. 630 instalacji kolektorów słonecznych produkcji Hewalex. Odwołujący realizując ww. zamówienie nie tylko, że nie miał żadnych problemów z dostawami niezbędnych materiałów i urządzeń, w tym z dostawami kolektorów słonecznych i zbiorników solarnych od Hewalex, lecz również w ogóle nie zauważył jakichkolwiek problemów dosięgających rzekomo całą branżę związaną z wykorzystaniem źródeł energii odnawialnej.

Pozew złożony przez Przystępującego Sanito przeciwko gminie Orla w ogóle nie dotyczy okoliczności będących osiłą sporu toczącego się przed KIO. Przystępujący Sanito nie domagał się bowiem w ww. pozwie ustalenia przez sąd, że wykonał zamówienia udzielone mu przez gminę Orla, względnie że niewykonanie ww. zamówień nie było wynikiem jego zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Sąd, rozstrzygając pozew złożony przeciwko gminie Orla, nie będzie badał, czy wobec Przystępującego Sanito spełnione zostały przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Treść pozwu złożonego przeciwko gminie Orla potwierdza, że Przystępujący Sanito w rzeczywistości nie był zainteresowany wykonaniem umów zawartych z gminą Orla, a dokonane przez gminę Orla odstąpienia od obu umów potraktował jako okazję do uwolnienia się od obowiązku realizacji udzielonych mu zamówień. Pozew złożony

przeciwko gminie Orla nie miał na celu doprowadzenia do wykonania umów zawartych z gminą Orla - Przystępujący Sanito nie chciał uzyskać wyroku sądu ustalającego bezskuteczność i nieważność oświadczeń gminy Orla o odstąpieniu od umów w tym celu, aby następnie móc przystąpić do wykonania tychże umów i dochodzić od gminy Orla wynagrodzenia za ich wykonanie. Pozew miał na celu wyłącznie uniemożliwienie gminie Orla żądania od InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group wypłaty kwot wynikających z wystawionych przez tego gwaranta gwarancji ubezpieczeniowych, stanowiących zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Odwołujący wskazał ponadto, że gdyby Przystępujący Sanito faktycznie chciał zabezpieczyć dostawę niezbędnych modułów fotowoltaicznych, tj. wskazanych w ofercie paneli PV Jinko Eagle PERC JKM305M-60 i faktycznie działał z należytą starannością, to mógł i powinien, w reakcji na spadek stanów magazynowych niezbędnych modułów fotowoltaicznych u wykonawcy Corab, zwrócić się do tego podmiotu o zwiększenie tych stanów magazynowych, względnie o zarezerwowanie dla niego potrzebnej ilości modułów. Niczego takiego Przystępujący Sanito nie uczynił. Dalej, w reakcji na spadek stanów magazynowych niezbędnych modułów fotowoltaicznych u Corab, Przystępujący Sanito mógł podjąć współpracę z innymi dystrybutorami paneli PV Jinko Eagle PERC JKM305M-60 w Polsce lub w Europie. Corab nie jest jednym dystrybutorem tych paneli w Polsce, ich dystrybucją zajmują się również takie firmy jak:

1. PV Instalator Polska Grupa PVGE Sp. z o.o.,
2. Przedsiębiorstwo Innowacyjne VIRTECH,
3. Vertigo Green Energy sp. z.o.o. sp. k.

W Europie istnieje szereg innych podmiotów mających status oficjalnego dystrybutora paneli produkowanych przez Jinko Solar Co. Ltd. producenta paneli PV Jinko Eagle PERC JKM305M-60, tj.:

1. Segen Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii,
2. PROINSO UK z siedzibą w Wielkiej Brytanii,
3. Hanau Energies z siedzibą we Francji,
4. Profinergy B.V. z siedzibą w Holandii,
5. KlimaEnergi AS z siedzibą w Danii,
6. SegenSolar GmbH z siedzibą w Niemczech,
7. Memodo GmbH z siedzibą w Niemczech,
8. Solarmarkt GmbH z siedzibą w Szwajcarii,
9. Green Energy z siedzibą w Belgii,
10. Kraftpojnkarna Sverige AB z siedzibą w Szwecji,
11. LM Eight Solar Renewables Energies, S.L. z siedzibą w Hiszpanii,

12. Vico Importaciones Exportaciones SLU z siedzibą w Hiszpanii.

Firma Jinko Solar Co. Ltd ma w Europie trzy spółki córki, które również zajmują dystrybucją paneli fotowoltaicznych jej produkcji, tj.:

1. Jinko Solar GmbH z siedzibą w Niemczech,
2. Jinko Solar Srl z siedzibą we Włoszech,
3. Jinko Solar (Switzerland) AG z siedzibą w Szwajcarii.

Do żadnego z ww. podmiotów Przystępujący Sanito się nie zwrócił, nie zamówił paneli ani ich nie zarezerwował. Zamiast tego Przystępujący Sanito rzekomo podjął rozmowy Bruk-Bet Sp. z o.o., czyli z pomiotem, który nawet nie zajmował się dystrybucją paneli PV Jinko Eagle PERC JKM305M-60. Podsumowując, mimo że Przystępujący Sanito co najmniej od 30 lipca 2018 r. wiedział, że Corab w swoich magazynach nie miał już w ogóle niezbędnych modułów fotowoltaicznych, nie zrobił niczego, aby temu brakowi przeciwdziałać lub się przed nim zabezpieczyć. Takiego postępowania świadczyło o rażącym niedbalstwie Sanito.

Zarzut nr 5

Identyfikacja oferowanej przez Flexipower pompy ciepła do CWU o mocy 1,5 kW (PCWUI) nastąpiła już w ofercie Przystępującego. Wymagane przez Zamawiającego tzw. dokumenty przedmiotowe nie miały służyć ustaleniu jaką konkretnie pompę ciepła zaoferował dany wykonawca, lecz jedynie potwierdzać, że pompa ciepła, wskazana i zidentyfikowana w ofercie, spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Przystępujący Flexipower twierdził, że zaoferował pompę ciepła o nazwie Cubo XL, ale producentem zaoferowanej przez niego pompy był OEM Energy Sp. z o.o., a nie Evolving Living Innovation Center— E.L.I.C. Srl, były to zatem różne pompy, zbieżność ich nazw była przypadkowa, a pompa ciepła Cubo XL produkowana przez OEM Energy spełniała wszystkie parametry wyszczególnione w SIWZ. W ofercie Przystępującego Flexipower, stosownie do nakazów SIWZ, wskazano nie tylko model pompy ciepła (Cubo XL), lecz także jej producenta (Fervor). Użyte przez Przystępującego Flexipower określenie Fervor w żaden sposób nie wskazywało na OEM Energy, gdyż podmiot ten nazywał się inaczej i nie posługiwał się nazwą Fervor - właścicielem marki Fervor oraz jedynym dystrybutorem na terenie Polski pomp ciepła typu Cubo H, w obrocie na terenie Polski występujących pod marką Fervor jako Cubo H/XL (Cubo XL) była firma Inverter Sp. z o.o. Przystępujący Flexipower nie wyjaśnił posłużenia się w swojej ofercie marką Fervor, nie wyjaśnił także braku wskazania w swojej ofercie na OEM Energy jako na producenta zaoferowanej pompy ciepła.

Odwołujący wskazał ponadto, że OEM Energy posiadał w swojej ofercie pompy ciepła oznaczone jako Cubo XL, były to jednak pompy ciepła produkowane przez Evolving Living Innovation Center — E.L.I.C. Srl i dystrybuowane na terenie Polski przez Inverter Sp. z o.o., a zatem pompy ciepła niespełniające wymagań SIWZ.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. oświadczenia Inverter Sp. z o.o. z dnia 31 października 2019 r., podpisanego w imieniu spółki przez p. R. B. — Prezesa Zarządu – dowód nr 30;
2. karty katalogowej sporządzonej przez OEM ENERGY Sp. z o.o., dotyczącej pomp ciepła typu CUBO XL, sprzedawanych przez Inverter Sp. z o.o. do OEM ENERGY Sp. z o.o. i produkowanych przez Evolving Living Innovation Center — E.L.I.C. srl – dowód nr 31.

Odnosnie ww. karty katalogowej Odwołujący podniósł dodatkowo, że na jej pierwszej stronie wskazano, iż pompy ciepła, których dotyczy, czyli Cubo L i Cubo XL, są produkowane we Włoszech. Powyższe stanowiło dodatkowe potwierdzenie, że ww. karta katalogowa dotyczy pomp ciepła produkowanych przez Evolving Living Innovation Center — E.L.I.C. Srl. Na drugiej stronie ww. karty katalogowej wskazano, iż: „temperatura wody w cyklu eco/automatic wynosi odpowiednio: „56 / 70”. Pompa oferowana przez Przystępującego Flexipower nie spełniała zatem wymogów SIWZ.

Dowody:

1. dowód przekazania kopii pisma stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego – dowód nr 32,
2. wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 28 października 2019 r., skierowany przez Odwołującego do gminy Orla w sprawie udzielenia informacji na temat postanowienia Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie o sygn. akt XV GCo 212/19 0 udzieleniu zabezpieczenia na wniosek Przystępującego Sanito – dowód nr 33,
3. odpowiedź gminy Orla na ww. wniosek, datowana na 29 października 2019 r. – dowód nr 34,
4. oświadczenie Hewalex sp. z o.o. sp. k. z dnia 4 listopada 2019 r. – dowód nr 35,
5. pełna treść korespondencji mailowej prowadzonej przez Przystępującego Sanito z Bruk-Bet Sp. z o.o. w sprawie zamówienia paneli PV Jinko Eagle PERC JKM305M-60 – dowód nr 36,
6. wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 25 października 2019 r., skierowany przez Odwołującego do gminy Orla w sprawie udzielenia informacji na temat umów zawartych z gminą Orla – dowód nr 37,

7. odpowiedź gminy Orla na ww. wniosek, datowana na 29 października 2019 r.; wraz z dwoma załącznikami – dowód nr 38,
8. e-mail p. G. M., prokurenta Odwołującego, wysłany 4 października 2019 r. do gminy Orla w sprawie oświadczenia Hewalex sp. z o.o. sp. k. – dowód nr 39,
9. odpowiedź gminy Orla na ww. e-mail, datowana na 18 października 2019 r. – dowód nr 40,
10. oświadczenie Inverter Sp. z o.o. z dnia 31 października 2019 r. – dowód nr 41,
11. karta katalogowa sporządzona przez OEM ENERGY Sp. z o.o., dotycząca pomp ciepła typu Cubo XL – dowód nr 42,
12. pismo Hewalex sp. z o.o. sp. k. z dnia 6 listopada 2019 r. – dowód nr 43.

KIO 2029/19

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Flexipower wskazał m.in.:

Zamawiający wymagał dla modułu fotowoltaicznego spełniania wymogów norm IEC 61730:2016, IEC 61215:2016 oraz IEC 62804-1:2015. Powyższe wymagania zostały określone w odpowiedzi na pytania 139 w ramach procedury z art. 38 ust. 2 i 4 Pzp w dniu 8 lipca 2019 r. Dla potwierdzenia spełnienia tych wymagań Zamawiający żądał złożenia certyfikatu potwierdzającego zgodność modułu PV z normami IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015 lub z normami równoważnymi wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 Pzp. Wykonawca Sanito zaoferował moduł fotowoltaiczny MP Solar Group MP-M-320.

Na rynku znajdują się dwa typy moduły o dokładnie takiej samej nazwie: MP-M-320. Różnią się one ilością ogniw (jeden z nich wyposażony jest w 120 ogniw, a drugi, którego karta katalogowa została złożona w postępowaniu ma 60 ogniw). Na potwierdzenie, że powyższe urządzenie spełnia wymogi przytoczonych powyżej norm (IEC 61730:2016 oraz IEC 61215:2016) Sanito złożył certyfikat wydany przez TÜV SÜD nr Z2 003057 0004 Rev.00.

Na podstawie złożonych przez Sanito dokumentów nie dało się jednak stwierdzić, czy proponowany MP Solar MP-M-320 (60 ogniw) był objęty certyfikatem o nr Z2 003057 0004 Rev.00. Zmiana liczby połączeń lutowanych, liczba diod bocznikujących oraz zamiana puszki przyłączeniowej stanowią podstawę przeprowadzenia ponownej certyfikacji modułu w zakresie zgodności z wymaganymi normami. Treść złożonej przez Sanito karty katalogowej, wskazywała, że oferowany produkt jest certyfikowany na zgodność z normami:

1. IEC 61215:2005,
2. IEC 61730:2004/IEC 61730-2:2004,
3. IEC 62804-1:2015,

4. IEC 61215:2005,
5. IEC 61730-1:2018/OEC 61730-2:2004, IEC 62804-1:2015.

Z powyższego wynikało, że moduł MP-M-320 oferowany przez Sanito spełniał jedynie wymóg potwierdzenia zgodności z normą IEC 62804-1:2015. Ww. karta katalogowa nie potwierdzała także, że oferowane urządzenie spełnia wymagany w załączniku nr 1 do SIWZ (str. 25-26 minimalne wymagania dla instalacji fotowoltaicznych) parametr „krzem monokrystaliczny w technologii PERC”, co wskazywało na niezgodność oferty z SIWZ.

Na dowód Odwołujący złożył:

1. kartę katalogową MP-M-320 (60 ogniw) – dowód nr 1,
2. kartę katalogową MP-M-320 (120 ogniw) – dowód nr 2.

Certyfikat Z2 003057 0004 Rev.00, zgodnie z informacją ze strony internetowej – wyszukiwarki certyfikatów TÜV SÜD, został wydany przez TÜV SÜD dla urządzenia oznaczonego nazwą modelu MPMXXX, a nie MP-M-XXX (gdzie XXX oznacza moc znamionową modelu). Oznaczenia te symbolizowały inne urządzenia – nadto zgodnie z informacją, certyfikat o powyższym oznaczeniu został wydany w innej dacie niż według dokumentu certyfikatu złożonego przez Sanito. Dla porównania Odwołujący załączył informację z wyszukiwarki TÜV SÜD dla certyfikatu Z2 003057 0003 Rev.00, w której oznaczono, że certyfikowanym modelem był model MP – M – XXX.

Dowód:

3. wydruk z wyszukiwarki <https://www.tuvsud.com/en/services/product-certification/ps-cert> dla certyfikatu Z2 003057 0003 – dowód nr 3,
4. wydruk z wyszukiwarki <https://www.tuvsud.com/en/services/product-certification/ps-cert> dla certyfikatu Z2 003057 0004 – dowód nr 4.

W ocenie Odwołującego certyfikat Z2 003057 0004 Rev.00 złożony przez Sanito został zmodyfikowany. Na powyższe wskazują przedstawione już powyżej kwestie związane z różną datą wydania oraz nazwą modelu w wyszukiwarce TÜV SÜD oraz w dokumencie załączonym przez Sanito, a także fakt, że na dokumencie certyfikatu Z2 003057 0004 Rev.00 znajdował się QR Code prowadzący do adresu <https://sce.tuv-sud.com/sce?id=7XQF4> zwracającego informację o certyfikacie Z2 003057 0003 Rev.00. Oznaczało to, że załączony certyfikat został najprawdopodobniej przerobiony z certyfikatu Z2 003057 0003. Za powyższym przemawia dodatkowo fakt, że w treści obu załączonych certyfikatów doszło do identycznej omyłki pisarskiej w klauzuli zakazu zmiany certyfikatu przez użycie słowa „przekazywać”. Omyłka ta nie występuje w innych przykładowych certyfikatach wydanych przez TÜV SÜD w polskiej wersji językowej.

Dowody:

5. wyodrębniony aplikacją QR Bot QR Code z certyfikatu Z2 003057 0004 Rev. 00 załączonego przez Sanito – dowód nr 5,
6. wydruk strony <https://sce.tuv-sud.com/sce?id=7XQF4> – dowód nr 6,

7. przykładowy certyfikat Z2 17 11 03057 002 niezawierający omyłki pisarskiej – dowód nr 7.

Wykonawca Sanito nie potwierdził w złożonych na wezwanie dokumentach zgodności oferowanych urządzeń z opisem przedmiotu zamówienia - karta katalogowa modułu MP-M-320 nie zawierała potwierdzenia mocy znamionowej. Dokument zawierał informację o mocy maksymalnej w warunkach NOCT 200W/m². Zgodnie z wyrażonym przez Zamawiającego stanowiskiem, dla modułu o mocy STC 320 Wp moc w warunkach 200 W/m² miała wynosić 62 Wp. Zgodnie z kartą katalogową złożoną przez Sanito moc 200W/m² wynosiła 62 Wp przy maksymalnej sprawności modułu. Odwołujący podniósł, że spadek sprawności modułu przy ww. warunkach wynosi poniżej 4 %. Przy spadku sprawności urządzenia o dopuszczalną w karcie katalogowej wartość 3,5 %, moc w warunkach 200 W/m² nie osiągnie wymaganego warunku mocy 62 Wp.

Wybrana przez Zamawiającego oferta wykonawcy Sanito sp. z o.o. z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością nie jest zgodna z SIWZ ze względu na fakt, iż Wykonawca nie załączył wymaganego specyfikacją certyfikatu potwierdzającego zgodność modułu PV z normami IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015 lub z normami równoważnymi wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 Pzp oraz ze względu na niepotwierdzenie przez załączone dokumenty warunków mocy znamionowej, mocy maksymalnej przy niskim nasłonecznieniu oraz wymaganego typu modułu fotowoltaicznego. Wobec tego Zamawiający powinien był ofertę odrzucić, ponieważ nie może zweryfikować oferty na podstawie dokumentów, których sam żądał w SIWZ. Nadto certyfikat potwierdzający zgodność oferowanego urządzenia z normami nie istnieje.

W ocenie Odwołującego przytoczone wyżej podstawy faktyczne stanowiły dowód na niezgodność oferty wykonawcy Sanito z SIWZ. Zamawiający miał zatem obowiązek odrzucenia oferty Sanito na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub co najmniej zbadania jej w procedurze określonej w art. 26 ust. 3 Pzp – ze względu na to, że rozbieżność załączonej karty katalogowej z treściami certyfikatu powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do zgodności oferty z OPZ.

Ponadto przedstawienie certyfikatu nieistniejącego lub o zmodyfikowanej treści, stanowiło przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp i powinno stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy Sanito z postępowania.

W dniu 23 października 2019 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnia je w całości. Przystępujący Sanito 24 października 2019 r. wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania, a następnie podtrzymał sprzeciw 22 listopada 2019 r., w toku powtórnego posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2029/19.

24 października 2019 r. Przystępujący Sanito złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wskazał:

Sanito zaoferował dostawę modułów fotowoltaicznych o oznaczeniu MP-M-320 producenta MP Solar Group. Pismem z 2 września 2019 r. Zamawiający wezwał Sanito w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do przedstawienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi, 13 września 2019 r. Sanito przedstawił wymagane przez Zamawiającego dokumenty, w szczególności:

1. certyfikat Z2 00 3057 0004 Rev. 00 wystawiony przez jednostkę certyfikującą TÜV SÜD w dniu 26 lipca 2019 r. Certyfikat ten obejmował swoim zakresem następujące modele fotowoltaicznych modułów (PV) Monokrystalicznych (kolumna I) i potwierdzał zgodność z następującymi normami:
 - a) IEC 61215-1 (ed. 1),
 - b) IEC 61215-1-1 (ed. 1),
 - c) IEC 61215-2 (ed. 1),
 - d) IEC 61730-1 (ed. 2),
 - e) IEC 61730-2 (ed. 2),
 - f) IEC 61215-1:2016,
 - g) IEC 61215-1-1:2016,
 - h) IEC 61215-2:2017,
 - i) EN IEC 61730-1:2018,
 - j) EN IEC 61730-1:2018/AC:2018-06,
 - k) EN IEC 61730-2:2018,
 - l) EN IEC 61730-2:2018/AC:2018-06.
2. certyfikat 7.2 003057 0003 Rev. 00 wystawiony przez jednostkę certyfikującą TÜV SÜD w dniu 24 kwietnia 2019 r. Certyfikat ten obejmował swoim zakresem następujące modele fotowoltaicznych modułów (PV) Monokrystalicznych (kolumna I) i potwierdzał zgodność z następującymi normami:
 - a) IEC 61215-1 (ed. 1),
 - b) IEC 61215-1-1 (ed. 1),
 - c) IEC 61215-2 (ed. 1),
 - d) IEC 61730-1 (ed. 2),
 - e) IEC 61730-2 (ed. 2),
 - f) PPP 580428:2015.
3. kartę katalogową MP-M-320 producenta MP Solar Group.

Wszystkie powyższe dokumenty potwierdzały spełnienie wymogów w pkt. XV ust. 1 SIWZ w zakresie norm IEC 61730:2016, IEC 61215:2016 oraz IEC 628041:2015.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że przedstawiony przez Sanito certyfikat 7.2 003057 0004 Rev. 00 dot. modułów o oznaczeniach MPMXXX , a nie modułów

o oznaczeniach MP-M320W, Przystępujący wskazał, że różnica w oznaczeniu modułów wynikała z błędnie przyjętego zapisu przez jednostkę certyfikującą TÜV SÜD, co potwierdza oświadczenie producenta ww. modułów z 14 października 2019 r. W zakresie odmiennej daty wystawienia certyfikatu 7.2 003057 0004 Rev. 00 widniejącej na dokumencie oraz na stronie internetowej TÜV SÜD, Sanito wyjaśnił, że w trakcie składania ofert otrzymał od producenta MP Solar Group certyfikat wystawiony w dniu 26 lipca 2019 r. Certyfikat ten w międzyczasie został zmieniony przez TÜV SÜD i objął swoim zakresem kolejne produkty MP Solar Group. MP Solar Group przesłał ponownie do Sanito nowy certyfikat datowany na 11 września 2019 r. (zgodny z informacją widniejącą na stronie internetowej).

Wątpliwości, które powziął Odwołujący, w związku z treścią certyfikatu 7.2 003057 0004 Rev. 00 wynikały z nieznaczących błędów tłumaczenia oryginalnego certyfikatu z języka angielskiego na język polski, przy wykorzystaniu poprzedniego (również nieznacznie błędnego) certyfikatu 7.2 003057 0003 Rev. 00. Wszelkie wątpliwości zostały jednak rozwiązane przez producenta MP Solar Group w oświadczeniu z dnia 14 października 2019 r., z którego wynikało, że „certyfikat ten (7.2 003057 0004 Rev. 00) został wydany 11 września 2019 r., ze względu na konieczność dodania do niego modeli o większych mocach, które trafiły do produkcji. Zaoferowany model MP-M-320 posiada ciągłość w swojej certyfikacji, gdyż obowiązujące są dla niego również starsze wersje certyfikatów o numerach Z2 17 11 03057 002 oraz Z2 003057 003”.

Odwołujący podniósł zarzut, że oferta Sanito była niezgodna z SIWZ w następującym zakresie:

1. niespełnienia przez moduł MP Solar MP-M-320 wymogu zaoferowania modułu monokrystalicznego z ogniwnem w technologii PERC;
2. niewykazania wartości mocy znamionowej modułu MP Solar MP-M-320;
3. niewykazania wartości mocy znamionowej modułu MP Solar MP-M-320 w warunkach NOCT 200 W/m².

W odniesieniu do punktu 1 powyżej Sanito wskazał, że choć katalog dla modułu MP Solar MP-M-320 nie wskazywał na technologię PERC, technologia ta jest obecnie standardem na rynku wszystkich producentów paneli fotowoltaicznych, wobec czego nie ma praktycznej, rynkowej możliwości zaoferowania modułów produkowanych z pominięciem technologii PERC. Potwierdza to oświadczenie producenta MP Solar Group z dnia 14 października 2019 r.

W zakresie punktu 2 powyżej - Zamawiający w odpowiedzi nr 11 w wyjaśnieniach z 16 lipca 2019 r. udzielił następującej odpowiedzi:

„Pytanie 11: Proszę o potwierdzenie, że deklarowana przez wykonawcę moc modułu fotowoltaicznego jako znamionowa w warunkach STC, która jest jednym z kryterium oceny ofert, ma być potwierdzona kartą techniczną modułu fotowoltaicznego oraz certyfikatem

potwierdzającym zgodność modułu z normami IEC 61730:2016 i IEC61215:2016 zgodnie z pkt. 4 ust. 9 rozdziału XVI SIWZ.

Odpowiedź 11: Zamawiający informuje, iż dokumenty o których mowa w Rozdziale XVI SIWZ są dokumentami, które mają potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. To kryterium oceny ofert będzie punktowane zgodnie z deklaracją zawartą w formularzu cenowym. Jednakże Zamawiający oczekuje, iż treść któregoś z tych dokumentów będzie potwierdzała również moc znamionową modułu fotowoltaicznego”.

Zdaniem Odwołującego Sanito w karcie katalogowej określił moc maksymalną, zamiast znamionową. Ze względu na specyfikę działania fotowoltaiki moc znamionowa modułu, jest to moc szczytowa, jaką osiąga moduł w konkretnych warunkach, zwanych STC (nasłonecznienie $1000\text{W}/\text{m}^2$, 25°C , ciśnienie 1,5atm). Dlatego też, z technicznego punktu widzenia moc maksymalna należało rozumieć jako tożsamą z mocą znamionowej. Certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 zarówno z dnia 26 lipca 2019 r. jak i 11 września 2019 r. wskazywał, że w oznaczeniach poszczególnych modeli „MP-Mxxx” „xxx” oznaczało „znamionową moc wyjściową STC”. Na certyfikatach wskazano również zakresy poszczególnych mocy znamionowych oraz poziom zmienności np. „MP-M-xxx, xxx: 95 do 375 z krokiem co 5W”, co oznaczało, że certyfikat potwierdzał, że oferowany przez Sanito moduł MPM-320 posiadał moc znamionową wyjściową w STC w wysokości 320. Taka sama konkluzja wynikała z certyfikatu 7.2 003057 0003 Rev. 00 z dnia 24 kwietnia 2019 r.

W zakresie punktu 3 powyżej, Zamawiający wymagał, aby moc modułu fotowoltaicznego o mocy STC 320Wp, przy warunkach niskiego nasłonecznienia $200\text{W}/\text{m}^2$, 25°C przy ciśnieniu 1,5 atm wynosiła 62 Wp. W zał. nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał ponadto następujący wymóg: spadek sprawności przy niskim natężeniu promieniowania słonecznego przy $200\text{W}/\text{m}^2$ nie mniejszy niż 4% w stosunku do sprawności przy $1000\text{W}/\text{m}^2$.

Według argumentacji Odwołującego, parametr 62 Wp dotyczył mocy przy maksymalnej sprawności modułu, a przyjmując spadek sprawności o przykładowe 3,5% (założone przez Odwołującego), to nie zostałyby osiągnięta wymagana moc 62 Wp. Zdaniem Przystępującego Sanito argumentacja ta była nieprawidłowa, pozbawiona technicznego i matematycznego uzasadnienia. Z oświadczenia MP Solar Group z dnia 14 września 2019 r. wynikało, że „zgodnie z informacją zawartą w przedstawionej karcie katalogowej moc modułu MP-M-320 przy niskim nasłonecznieniu tj. $200\text{W}/\text{m}^2$ wynosi 62 Wp”. W karcie katalogowej MP Power Group wskazane zostało, że spadek sprawności modułu przy wartości nasłonecznienia $200\text{W}/\text{m}^2$ nie wyniesie więcej niż 4% — była to wartość deklarowana, co również potwierdzało wymóg wskazany w OPZ.

Przystępujący Sanito w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp wyjaśnił, że zarzut ten był bezpodstawny. Certyfikat 7.2 003057 0004 Rev. 00 z 26 lipca 2019 r., na okoliczność

spełnienia norm IEC 61730:2016 oraz IEC 61215:2016, przedstawiał informację obiektywnie prawdziwą, niepodważoną przez żadną ze Stron postępowania. Nie stanowił wprowadzenia Zamawiającego w błąd, w rozumieniu ww. przepisu, ani też nie prowadził do wprowadzenia w błąd.

Przystępujący Sanito wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

Dowód:

1. Certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 z 26 lipca 2019 r. – dowód nr 8,
2. Certyfikat Z2 003057 0003 Rev. 00 z 24 kwietnia 2019 r. – dowód nr 9,
3. Certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 z 11 września 2019 r. – dowód nr 10,
4. karta katalogowa MP-M-320– dowód nr 11,
5. oświadczenie producenta MP Solar Group z 14 października 2019 r. – dowód nr 12.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że w przypadku obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, że obu Odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień po stronie Zamawiającego:

- a) wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19 po stronie Zamawiającego,
- b) wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.K. z siedzibą w Woli Żaradzińskiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2025/19 po stronie Zamawiającego,
- c) wykonawcy Inergis S.A. z siedzibą w Częstochowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2029/19 po stronie Odwołującego.

Przystąpienia nastąpiły z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili wskazani wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że zasługują one na uwzględnienie.

KIO 2025/19

Zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Sanito oraz zaniechanie uznania oferty Sanito za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważało jego uczciwość, w szczególności w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał zamówienia, co Odwołujący jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych potwierdził się.

Zamawiający w części XIV SIWZ wskazał jako obowiązujące w postępowaniu następujące podstawy do wykluczenia wykonawców:

1. Obligatoryjne przesłanki wykluczenia Wykonawcy określone w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Pzp.
2. Przesłanki wykluczenia Wykonawcy określone na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-2 i 8 Pzp.

Zamawiający wskazał, że „wykluczy Wykonawcę:

- 1) w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2019 r., poz. 243) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem Wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2019 r., poz. 498);
- 2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
- 3) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co Zamawiający jest w stanie wykazać

za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp, chyba że Wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności”.

Izba ustaliła, że między stronami nie ma sporu, co do chronologii zdarzeń prowadzących do odstąpienia przez Gminę Orla od dwóch umów zawartych w Przystępującym Sanito. Sporna jest natomiast kwestia, czy Sanito w zawiniony sposób doprowadził do odstąpienia od tych umów przez Gminę, a tym samym, czy zostały wypełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp.

Po przeanalizowaniu dowodów złożonych przez strony i Przystępującego oraz po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z argumentacją zawartą w pismach procesowych Izba uznała, że zarzut odwołania potwierdził się, a Przystępujący Sanito powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdziło się podstawowe stanowisko Przystępującego Sanito, mające dowodzić braku słuszności Zarzutu nr 1 odwołania, wskazujące na obiektywną, niezależną od Przystępującego okoliczność, tj. kryzys w dostępności na rynku odpowiednich paneli fotowoltaicznych, niezbędnych do realizacji zamówień na rzecz Gminy Orla. Wszystkie dowody złożone przez Przystępującego na potwierdzenie tej okoliczności w ocenie Izby nie były wiarygodne. Zdarzenie tak doniosłe dla całej branży związanej z realizacją instalacji fotowoltaicznych, a zatem branży, która obecnie cieszy się dużą popularnością i nie stanowi niszy na rynku zamówień publicznych, nie przeszłoby bez echa w prasie branżowej i innych mediach specjalistycznych. Tak istotny brak paneli fotowoltaicznych, jak wskazywał Przystępujący Sanito, mający wpływ na realizację zadań nie tylko przez Sanito, ale również wielu innych wykonawców dałoby się łatwo potwierdzić prezentując na przykład odpowiednie artykuły prasowe czy wydruki artykułów publikowanych w Internecie. Przystępujący jednak oparł swoje twierdzenia na dowodach, z których większość stanowiły oświadczenia złożone przez podmioty, co do których nie ma wątpliwości, że utrzymują z Przystępującym kontakty handlowe. Nie można ich zatem uznać za obiektywne źródło informacji.

Izba uznała za prawidłowe stanowisko Odwołującego, że Przystępujący, wobec kryzysu dostępności paneli fotowoltaicznych na terenie Polski miał możliwość pozyskania ich z innych krajów Unii Europejskiej. Przystępujący Sanito nie ustosunkował się do wskazanej przez Odwołującego powyższej możliwości, nie zajął również stanowiska wobec wskazania innych podmiotów oferujących panele Jinko na terenie Polski. Okresowe wahania w dostępności materiałów na rynku związanym z realizacją robót budowlanych nie są okolicznością niezwykłą i wyjątkową. Każdy profesjonalny wykonawca powinien liczyć

się z ich wystąpieniem i być gotowy na przeciwdziałanie ich skutkom. Jest to istotny element należytej staranności wykonawcy. Zamawiający po to ustanawiają w ramach warunków udziału w postępowaniu wymogi dotyczące odpowiedniego doświadczenia wykonawców, by mieć pewność, że wybrany do realizacji zadania podmiot będzie w stanie wykonać je zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, nawet w sytuacji wystąpienia nieprzewidzianych lub nieprzewidywalnych trudności.

Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a w trakcie postępowania odwoławczego udowodnił, że realizuje wiele zadań podobnych do tych, które były przedmiotami umów zawartych przez Sanito z Gminą Orla. Nie sposób w tej sytuacji uznać, że wystąpienie trudności w dostępności paneli fotowoltaicznych doprowadziłoby wykonawcę do zaniechania podjęcia prób uniknięcia ich skutków. Wiarygodność argumentacji Przystępującego Sanito w ww. zakresie podważał dodatkowo fakt, że brak jest informacji wskazujących, że Sanito w jakikolwiek sposób informował Gminę Orla o niedostępności paneli fotowoltaicznych na rynku, szczególnie że brak ten miał wystąpić już przed okresem realizacji spornych umów. Gdyby obiektywne trudności w zakupie i dostawach paneli faktycznie wystąpiły, to naturalnym działaniem wykonawcy dążącego do prawidłowej realizacji zadań byłoby – po pierwsze – należyte poinformowanie zamawiającego o nich, a po drugie – dążenie do odpowiedniego wydłużenia, bądź przesunięcia, okresu realizacji zadań do momentu ustania przeszkody. Przystępujący Sanito niczego takiego nie zrobił.

Skład orzekający nie dał również wiary Przystępującemu Sanito co do zaistnienia na rynkach światowych kryzysu dostępności surowców do produkcji paneli fotowoltaicznych, m. in. stali i miedzi. Kryzys taki miałby wpływ nie tylko na produkcję paneli, ale na całą gospodarkę światową i trudno przyjąć, że przeszedłby on niezauważony, wywierając skutki jedynie na branżę fotowoltaiki.

W ocenie Izby niewątpliwym jest, że przyczyną odstąpienia przez Gminę Orla od umów zawartych z Przystępującym Sanito była bierność Przystępującego w kwestii realizacji przedmiotu umów, tj. niepodjęcie realnych działań zmierzających do wykonania zobowiązań na rzecz Gminy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego fakt zgłoszenia przez Przystępującego gotowości do realizacji umów na rzecz Gminy Orla jeden dzień po odstąpieniu od nich przez Gminę nie może zostać uznany za działanie zmierzające do faktycznego wypełnienia zobowiązania – była to jedynie reakcja na działanie zamawiającego i próba skłonienia go do wycofania się z decyzji o odstąpieniu od umów z Sanito. Działanie to nie zmniejszyło jednak stopnia zawinienia wykonawcy, nie można też uznać tego działania za skutecznie niweczące skutki zaniechania należytej realizacji umów na rzecz Gminy Orla.

Art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Zamawiający zastrzegł w SIWZ możliwość wykluczenia wykonawców na podstawie tego przepisu, zatem w ramach postępowania wskazana podstawa wykluczenia wykonawców miała charakter obligatoryjny. Biorąc pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego oraz niesporne między stronami i uczestnikami okoliczności skutkujące odstąpieniem przez Gminę Orla od umów z Przystępującym Sanito Izba uznała, że zarzut nr 1 był zasadny. Wypełnione zostały wszystkie przesłanki określone w przytoczonym przepisie:

1. Przystępujący Sanito na skutek rażącego niedbalstwa nie wykonał umów na rzecz Gminy Orla,
2. powyższe było działaniem niezgodnym z oczekiwaniami jakie mógł mieć zamawiający od profesjonalnego wykonawcy, tym samym stanowiło poważne naruszenie obowiązków zawodowych,
3. Przystępujący nie wykazał choćby próby zapobieżenia podobnym zdarzeniom na przyszłość, co dowodzi podważenia jego wiarygodności jako profesjonalnego wykonawcy (uczciwości).

Odwołujący w prawidłowy sposób udowodnił zarzut, przeciwdowody zaprezentowane przez Przystępującego w ocenie składu orzekającego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Sanito z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty Sanito za odrzuconą, mimo że:

- **wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegał wykluczeniu, oraz mimo, że**
- **w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,**

nie potwierdził się.

W części XVI SIWZ – „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia oraz spełniania przez

oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego” określone zostały następujące wymogi:

1. „W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”), którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE seria L 2016 r. Nr 3, s. 16) – w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
2. W JEDZ należy podać następujące informacje:
 - 1) informacje dotyczące Wykonawcy - w Części II JEDZ,
 - 2) informacje na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 8 - informacje wymagane w Części III JEDZ,
 - 3) informacje na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu – w zakresie części IV JEDZ, Wykonawca wypełnia tylko sekcję d (alfa). W części II sekcja A w miejscu gdzie żąda się informacji dotyczącej VAT należy wpisać numer NIP i/lub pesel,
 - 4) oświadczenia końcowe - w Części VI JEDZ”.

Przystępujący Sanito, w części III JEDZ, pkt C: „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi” na wszystkie zadane pytania udzielił odpowiedzi „Nie”, w tym na pytania:

1. Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?
2. Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

Odwołujący wskazywał, że obie ww. udzielone przez Przystępującego Sanito odpowiedzi powinny stanowić podstawę do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W ocenie Izby stanowisko to było niezasadne. Zgodnie z przytoczonymi wyżej wymogami Zamawiającego dotyczącymi zakresu oświadczeń, które mieli złożyć wykonawcy w JEDZ, wykonawcy nie mieli obowiązku udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczące podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie zastrzegł również w SIWZ możliwości wykluczenia z postępowania wykonawców

na podstawie tego przepisu. Tym samym uznać należy, że nie ma podstaw do wyciągania jakichkolwiek konsekwencji wobec Przystępującego Sanito ze względu na fakt, iż udzielił on odpowiedzi na pytanie dotyczące rozwiązania wcześniejszej umowy (punkt 2 wyżej). Skoro Zamawiający nie wymagał odpowiedzi na to pytanie, to niedopuszczalne byłoby obarczenie Przystępującego negatywnymi skutkami odpowiedzi. Co do odpowiedzi wskazanej w punkcie 1 wyżej, tj. dotyczącej zawinionego, poważnego wykroczenia zawodowego to podstawowe znaczenia dla oceny zarzutu ma w ocenie Izby fakt, że główną osią sporu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym był fakt ewentualnego dopuszczenia się przez Sanito takiego wykroczenia. Wypełnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wobec Przystępującego Sanito, a tym samym potwierdzenie, że Sanito jest winny poważnego wykroczenia zawodowego stwierdzone zostało w niniejszym wyroku. Przystępujący nie miał zatem obowiązku, skoro nie uważał się za winnego doprowadzenia do odstąpienia od zawartych z nim umów przez Gminę Orla, do zaznaczenia odpowiedzi „Tak” na pytanie „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?”. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd w sposób określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, zatem zarzut nr 2 podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Sanito jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty potwierdził się.

Podstawą uznania zarzutu za zasadny było stwierdzenie, że potwierdził się zarzut nr 1 i ustalenie, że Przystępujący Sanito podlegał wykluczeniu z postępowania, a zaniechanie tego wykluczenia przez Zamawiającego stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Konsekwencją wykluczenia Przystępującego z postępowania winno być, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp, uznanie jego oferty za odrzuconą. Tym samym, uznając ofertę Sanito za najkorzystniejszą w postępowaniu, Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi, że „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Oferta, która podlegała odrzuceniu ze względu na obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ją złożył, nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Odrzucenie oferty wykluczonego następuje bowiem z mocy ustawy i nie wymaga podjęcia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych, poza wykluczeniem wykonawcy, czynności.

Skład orzekający uznał, że zarzut nr 3 potwierdził się, jako konsekwencja uznania za zasadny zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Sanito z postępowania.

Zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego Flexipower, mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ potwierdził się.

W formularzu ofertowym załączonym do oferty Przystępujący Flexipower wskazał, że oferuje Zamawiającemu pompę do CWU typu Cubo XL. Flexipower jednoznacznie określił, że producentem urządzeń jest Fervor – wykonawca w rubryce „Pompa ciepła do CWU o mocy 1,5 kW (PCWU1)”, tj. w punkcie 1 części pt. "Instalacje powietrznych pomp ciepła cwu dla budynków mieszkalnych" formularza cenowego wpisał: „Producent: Fervor, Model: Cubo XL”.

Składając odpowiedź na odwołanie Przystępujący Flexipower twierdził jednak, że zaoferował Zamawiającemu urządzenie produkowane przez OEM Energy, zatem inne niż wskazane przez Odwołującego w zarzucie nr 5. Izba przeprowadziła dowody wnioskowane przez Odwołującego i uznała, że jego stanowisko jest zasadne. Odwołujący ponad wszelką wątpliwość wykazał, że urządzenia oferowane na polskim rynku pod marką Fervor oferowane są wyłącznie przez spółkę Inverter. OEM Energy nie oferuje urządzeń o takiej nazwie, zatem twierdzenie Przystępującego o zbieżności nazw było, w ocenie składu orzekającego, nieprawdziwe.

Na potwierdzenie zarzutu Odwołujący złożył szereg dokumentów, w tym karty katalogowe dotyczące pompy Cubo XL, z których wynikało, że oferowana przez Flexipower pompa CWU nie spełnia wymogów SIWZ.

Załącznik nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 5 „Minimalne wymagania dla pomp ciepła CWU”, Zestawienie IV.5.1 zawierał następujący wymóg:

„Osiągalna temperatura c.w.u. bez dodatkowych źródeł ciepła - min. 60°C”.

Tymczasem, zgodnie z dowodami złożonymi przez Odwołującego, pompa Fervor Cubo XL w trybie ekologicznym, tj. bez dodatkowych źródeł ciepła osiąga temperaturę równą 56°C, a więc nie osiąga wymaganego minimum.

Przystępujący Flexipower konsekwentnie twierdził, że oferuje urządzenie produkowane przez OEM Energy, na potwierdzenie czego nie złożył żadnego wiarygodnego dowodu. Przystępujący złożył jedynie kartę katalogową dla pompy Fervor, ale dokument w przeważającej większości został sporządzony w języku angielskim. Zgodnie z § 19 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Przystępujący Flexipower nie dopełnił obowiązku wynikającego z przytoczonego przepisu, zatem złożony przez niego dowód nie mógł być wzięty pod uwagę przez skład orzekający.

Izba wzięła pod uwagę ponadto fakt, że Przystępujący Flexipower nawet nie podjął próby wykazania, że oferowana przez niego pompa CWU odpowiada wymogom SIWZ.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego oraz Flexipower wskazującego, że ze względu na prowadzenia postępowania w trybie określonym w art. 24aa Pzp Zamawiający nie dokonał jeszcze wiążącej oceny oferty Przystępującego Izba uznała, że twierdzenie takie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach Pzp. Art. 24aa ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Wykładnia literalna przytoczonego przepisu prowadzi do jednoznacznego wniosku, że obowiązkiem zamawiającego, przy prowadzeniu postępowania w sposób zgodny z art. 24aa Pzp, jest – w pierwszym rzędzie – dokonanie oceny wszystkich ofert, zatem również oceny ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia i SIWZ. Dopiero po tej ocenie zamawiający przystępuje do badania zdolności podmiotowej wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Nie ulega zatem wątpliwości, że stanowisko Zamawiającego było błędne, co prowadziło z kolei do wniosku, że zarzut nr 5 nie został postawiony przedwcześnie.

Zarzut nr 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Hymon, mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ nie został przez Izbę rozpoznany.

Skład orzekający ustalił, że nie spełnił się warunek zawieszający pod którym postawiony został zarzut. Odwołujący Inergis uzasadniając zarzuty nr 4 i 5 odwołania wskazał, że „zarzuty te zostały postawione na wypadek gdyby wykonawca Flexipower lub Konsorcjum Hymon wnieśli własne odwołania, kwestionując wynik postępowania, w szczególności punktację przyznaną ich ofertom, względnie punktację przyznaną innym ofertom, w tym

ofercie Odwołującego. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że ze względu na bardzo rozbudowane i złożone kryteria oceny ofert nie sposób wykluczyć, iż w razie wniesienia odwołania przez wykonawcę Flexipower lub przez Konsorcjum Hymon punktacja przyznana poszczególnym ofertom przez Zamawiającego ulegnie zmianie, a w rezultacie zmianie ulegnie też ranking ofert. Może się zatem okazać, że oferta wykonawcy Flexipower lub oferta Konsorcjum Hymon ostatecznie zajmie wyższą pozycję w rankingu ofert niż oferta Odwołującego a nawet okaże się ofertą najkorzystniejszą”. Przytoczony fragment uzasadnienia odwołania wskazuje jednoznacznie, że zarzut nr 5 był zarzutem ewentualnym, postawionym pod warunkiem, który się nie ziścił - Konsorcjum Hymon nie wniosło odwołania, zatem kierując się treścią uzasadnienia podniesionego zarzutu Izba uznała zarzut nr 5 za niebyły i odstąpiła od jego rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba oparła o wyrażoną w przepisach art. 192 ust. 9 i 10 Pzp 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.) zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący Inergis podniósł zarzuty względem trzech wykonawców lub złożonych przez nich ofert, z których dwóch przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie dotyczącym zarzutów zmierzających do wyeliminowania z postępowania Przystępującego Sanito, nie uwzględnił zarzutów dotyczących ofert Przystępującego Flexipower i Konsorcjum Hymon. Przystępujący Sanito wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w ww. zakresie, zarzut dotyczący Konsorcjum Hymon nie był przedmiotem rozpoznania. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie było możliwe obciążenie kosztami postępowania odwoławczego w całości wyłącznie jednego uczestnika postępowania odwoławczego, mimo że odwołanie zostało uwzględnione w części. Rozważając sposób podziału kosztów postępowania odwoławczego Izba za zasadne uznała dokonanie podziału kosztów postępowania w częściach równych pomiędzy Przystępującego Sanito, jako podmiot, który wniósł sprzeciw wobec ww. uwzględnienia odwołania oraz Zamawiającego w zakresie, w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Skład orzekający uznał, że w części odwołania dotyczącej Przystępującego Sanito i jego oferty stroną przegrywającą jest Sanito. Kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego – kosztami w tej części należało obciążyć Przystępującego. W części odwołania dotyczącej oferty Przystępującego Flexipower stroną przegrywającą jest

Zamawiający, zatem w myśl opisanej wyżej zasady, w tej części kosztami postępowania należało obciążyć Zamawiającego.

W konsekwencji Izba zasądziła od Przystępującego Sanito na rzecz Odwołującego Inergis kwotę w łącznej wysokości 9 300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100) stanowiącą 1/2 kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Inergis kwotę w łącznej wysokości 9 300,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100) stanowiącą 1/2 kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, o czym orzeczono w pkt I ppkt 2 lit. B i C sentencji wyroku.

KIO 2029/19

Zarzuty o numerach od 1 do 4, tj:

- 1. art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Sanito do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia spełniania przez moduł MP Solar MP-M – 320 wymogów norm IEC 61730:2016, IEC 61215:2016 oraz IEC 62804-1:2015 wobec sprzeczności oświadczeń w karcie katalogowej złożonej w postępowaniu z treścią złożonych certyfikatów, których złożenia Zamawiający wymagał dla potwierdzenia spełniania wymogów tychże norm,**
- 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia wykonawcy Sanito wobec złożenia w formularzu ofertowym w oświadczeniu o oferowaniu urządzenia, które w wyniku przeprowadzenia badania ofert okazałyby się urządzeniami, które nie spełniają wymogów Zamawiającego określonymi w SIWZ,**
- 3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez wybór oferty Sanito, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ lub wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub dokumentów:**
 - a. w zakresie niespełniania przez moduł MP Solar MP-M-320 wymogu zaoferowania modułu monokrystalicznego z ogniwem w technologii PERC (str. 25 – 26 załącznika nr 1 do SIWZ – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i jego realizacji),**
 - b. w zakresie niewykazania wartości mocy znamionowej modułu MP Solar MP – M – 320 w dokumentach potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z OPZ,**

c. w zakresie niewykazania wartości mocy znamionowej modułu MP Solar MP – M – 320 w warunkach NOCT 200 W/m²,

4. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty Sanito, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, nie potwierdziły się.

8 lipca 2019 r. Zamawiający opublikował zbiór pytań zadanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu (wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ) wraz z odpowiedziami. Wskazane przez Odwołującego Flexipower pytanie nr 139 brzmiało:

„Pytanie 139: Wnosimy o zmianę wymaganych norm dla modułów PV określone w pkt 17 tabeli Zestawienie IV.4.1 na następujące - 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015. W/w normy te są aktualne i określają obecny poziom wiedzy i jakości technicznej produkowanych modułów PV”.

Zamawiający w odpowiedzi wskazał: „Zamawiający dokonuje modyfikacji OPZ i wprowadza wymagane normy dla paneli PV: IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015. W związku z powyższym ulega zmianie treść Rozdziału XV ust. 1 - tabela (Minimalny poziom wymagań), która w pkt 2 lit. a przyjmuje brzmienie: a) muszą posiadać certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015 lub z normami równoważnymi wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku (ust. 4, wiersz drugiego tabeli) jest Certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normami IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie modyfikacji ulega zapis pkt 4 ust. 9 Rozdziału XVI SIWZ, który przyjmuje brzmienie:

4) Certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normami IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp”.

Przystępujący Sanito zaoferował moduł fotowoltaiczny MP Solar Group MP-M-320.

Co do powyższych ustaleń między stronami i Przystępującym nie było sporu. Oceniając argumentację Odwołującego Flexipower oraz kontrargumenty podnoszone przez Przystępującego Sanito Izba uznała, że Odwołujący nie zdołał udowodnić swoich twierdzeń w sposób należyty, a Sanito poparł swoje stanowisko dowodami, które w ocenie Izby były wystarczające dla uznania, że ww. zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. W szczególności Izba uznała za słuszne stanowisko Przystępującego Sanito w zakresie:

1. spełnienia przez moduł MP Solar MP-M-320 wymogu zaoferowania modułu monokrystalicznego z ogniwnem w technologii PERC - Izba uznała za prawidłową argumentację Sanito wskazującą, że katalog dla modułu MP Solar MP-M-320 nie wskazywał na technologię PERC, technologia ta jest obecnie standardem na rynku wszystkich producentów paneli fotowoltaicznych, wobec czego nie ma praktycznej, rynkowej możliwości zaoferowania modułów produkowanych z pominięciem technologii PERC.
2. tożsamości (w zakresie objętym rozpoznawanymi zarzutami) między pojęciami mocy znamionowej i mocy maksymalnej
3. nieprawidłowości argumentacji Odwołującego, co do poziomu spadku sprawności modułu fotowoltaicznego o 3,5% i wynikającej z tego założenia kalkulacji.

Izba uznała, że Odwołujący nie dopełnił obowiązku dowodowego wynikającego z art. 190 ust. 1 Pzp i oddaliła zarzuty o numerach od 1 do 4 jako zarzuty nieudowodnione.

Zarzut nr 5, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu potwierdził się.

Zarzut powyższy – wynikowo – został uznany za skład orzekający za zasadny wobec uwzględnienia zarzutu nr 6, dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Przystępującego Sanito na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Izba uznała, że Przystępujący podlegał wykluczeniu, zatem jego oferta, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp powinna zostać uznana za odrzuconą. Tym samym oferta ta nie powinna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zarzut nr 6, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do treści certyfikatu Z2 003057 0004 Rev.00, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – wybór najkorzystniejszej oferty, potwierdził się.

Zgodnie z przytoczoną wyżej odpowiedzią na pytanie nr 139 wymogiem Zamawiającego było posiadanie przez oferowane mu moduły fotowoltaiczne certyfikatu potwierdzającego zgodność tych modułów PV z normą IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015 lub z normami równoważnymi wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego wymogu

wykonawca miał złożyć certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normami IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 628041:2015 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp.

2 września 2019 r. Zamawiający skierował do Przystępującego Sanito wezwanie: „na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) /Pzp/ wzywa Państwa do złożenia następujących oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu (opisanych w Rozdziale XIII SIWZ) oraz dokumentów potwierdzających minimalne wymagania określone przez Zamawiającego jakie muszą spełniać oferowane dostawy (opisane w Rozdziale XV SIWZ)(...) :

12) Certyfikatu potwierdzającego zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub PN-EN 61646 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp;

13) Kartę techniczną modułu fotowoltaicznego obejmującą informacje potwierdzające spełnianie przez instalację parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, zgodnie z Rozdziałem III ust. 3 i Rozdziałem IV ust. 3 OPZ(...);

W zakresie certyfikatów i raportów z badań wydawanych przez jednostki oceniające zgodność Zamawiający informuje, że akceptuje odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku, gdy dany Wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu Wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany Wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego dostawy spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia”.

13 września 2019 r. Przystępujący Sanito udzielił następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 02.09.2019 r. do złożenia aktualnych na dzień składania oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w załączeniu przedkładamy:

1. Wykaz dostaw wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie,
2. Wykaz osób,
3. Zaświadczenie z właściwego Urzędu Skarbowego,
4. Zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,
5. Oświadczenie – zał. Nr 9,
6. Informacja z banku,
7. Polisa ubezpieczeniowa,

8. Krajowy Rejestr Sądowy,
9. Certyfikat SOLAR KEYMARK kolektora słonecznego,
10. Dokumentacja kolektora słonecznego,
11. Dokumentacja zasobnika,
12. Certyfikat modułu PV,
13. Dokumentacja modułu fotowoltaicznego,
14. Dokumentacja pompy ciepła,
15. Certyfikat zgodności kotła,
16. Raport z badań kotła”.

Biorąc pod uwagę treść udzielonej odpowiedzi nie budzi wątpliwości fakt, że celem pisma Sanito z 13 września 2019 r. było zapewnienie Zamawiającego, że zarówno wykonawca, jak i złożona przez niego oferta spełnia wszystkie wymogi wynikające z SIWZ i załączników do SIWZ. Powyższe dotyczy również wskazanego w punkcie 12 pisma certyfikatu modułu PV.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący Sanito złożył Certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 z 26 lipca 2019 r., co Przystępujący potwierdził w złożonych pismach procesowych. W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że niemożliwe jest istnienie dwóch certyfikatów o takim samym numerze wydanych w dwóch różnych datach. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył dowód – dokument pochodzący od TUV SUD (wraz z tłumaczeniem na język polski) stanowiący wyjaśnienie metodologii nadawania numerów certyfikatów przez TUV SUD. Dowód zawiera m. in. następującą informację: „Przykład Z1A 888888 0001 Rev.01 – Numer składa się z typu certyfikatu (Z1A), sześciocyfrowego numeru klienta (888888) numeru seryjnego (0001) oraz numeru poprawionej wersji (Rev. 01)”. W oparciu o powyższy dowód Odwołujący wyjaśnił, a Przystępujący potwierdził, że wyjaśnienie to jest prawdziwe, że każda zmiana (aktualizacja) tego samego certyfikatu powoduje zmianę numeru Rev. Pierwszy certyfikat z określonym numerem oznaczony jest jako Rev. 00. Kolejny będzie miał numer Rev. 01, przy czym oznaczenie to wskazuje na pierwszą aktualizację certyfikatu, zatem Rev. 01 to zawsze oznaczenie certyfikatu wystawionego później niż wersja Rev. 00.

W piśmie procesowym z 24 października 2019 r. stanowiącym odpowiedź Przystępującego Sanito na odwołanie Przystępujący wskazał: „W zakresie odmiennej daty wystawienia certyfikatu 7.2 003057 0004 Rev.00 widniejącej na dokumencie oraz na stronie internetowej TUV SUD, SANITO wyjaśnia, że w trakcie składania ofert otrzymał od producenta MP Solar Group certyfikat wystawiony w dniu 26.07.2019 r. Certyfikat ten w międzyczasie został zmieniony przez TUV SUD i objął swoim zakresem kolejne produkty MP Solar Group.

MP Solar Group przesłał ponownie do SANITO nowy certyfikat datowany na 11.09.2019 r. (zgodny z informacją widniejącą na stronie internetowej)”.

W tym samym piśmie Przystępujący wskazał ponadto:

„26. Niemniej, odnosząc się do kwestii, który z dokumentów przedstawionych przez SANITO wykazuje spełnienie tego wymogu technicznego, SANITO zwraca uwagę, że certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 zarówno z dnia 26.07.2019 r. jak i 11.09.2019 r. wskazuje, że w oznaczeniach poszczególnych modeli „MP-Mxxx” „xxx” oznacza „znamionową moc wyjściową STC”. Na certyfikatach wskazano również zakresy poszczególnych mocy znamionowych oraz poziom zmienności np. „MP-M-xxx, xxx: 95 do 375 z krokiem co 5W”, co innymi słowy oznacza, że certyfikat ten potwierdza, że oferowany przez SANITO moduł MPM-320 posiada moc znamionową wyjściową w STC w wysokości 320. Taka sama konkluzja wynika z certyfikatu 7.2 003057 0003 Rev. 00 z dnia 24.04.2019

27. W konsekwencji zarzut opisany w lit. (b) powyżej również nie podlega uwzględnieniu.

Dowód:

- Certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 z dnia 11.09.2019 r.

- Certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 z dnia 26.07.2019 r.”.

Przytoczone fragmenty pisma procesowego Przystępującego Sanito wskazują, że Przystępujący konsekwentnie twierdził, że istnieją dwa certyfikaty Z2 003057 0004 Rev. 00 mające dwie, różne daty wystawienia. Biorąc pod uwagę ustaloną w oparciu o dowód złożony przez Odwołującego metodologię nadawania numerów certyfikatów przez TUV SUD certyfikat z daty późniejszej powinien mieć numer Rev. 01 (przy założeniu, że między certyfikatem z 26 lipca i certyfikatem z 11 września 2019 r. jednostka certyfikująca nie wydała więcej aktualizacji certyfikatu Z2 003057 0004.

Ustalenie powyższe podważyło wiarygodność stanowiska Przystępującego Sanito. Po przeprowadzeniu dowodów wnioskowanych przez Odwołującego Flexipower, w szczególności dotyczących kodu QR znajdującego się na certyfikacie złożonym przez Przystępującego Sanito w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 2 września 2019 r. (certyfikat datowany na 26 lipca 2019 r.) Izba uznała, że zarzut nr 6 odwołania jest zasadny. Kod QR na przedmiotowym certyfikacie prowadzi do strony internetowej z certyfikatem Z2 003057 0003 Rev. 00 z 24 kwietnia 2019 r. Fakt ten, oraz opisane wyżej ustalenia prowadzą do wniosku, że zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego Flexipower, certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 z dnia 26.07.2019 r. nie istniał. Certyfikat o takim numerze, z oznaczeniem Rev. 00 został wydany dopiero 11 września 2019 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Przystępujący Sanito na potrzeby potwierdzenia spełniania przez oferowany Zamawiającemu moduł fotowoltaiczny MP-320 posłużył się przerobionym dokumentem. To z kolei prowadziło do wprowadzenia

Zamawiającego w błąd, co wpłynęło na wynik postępowania – Zamawiający uznał, że oferta Sanito spełnia wymogi SIWZ. Tym samym wypełnione zostały przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę,

16. który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17. wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

W okolicznościach sprawy nie jest istotne, czy Przystępujący Sanito działał świadomie i z premedytacją, czy też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa posłużył się dokumentem przerobionym przez podmiot trzeci. Istotny jest fakt, że w wyniku posłużenia się przerobionym certyfikatem doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....

.....

.....