

Sygn. akt: KIO 1218/21

WYROK
z dnia 17 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2021 r. przez odwołującego: **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Jastków** (ul. Chmielowa 3, 21-002 Jastków)

przy udziale wykonawcy: **Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** (ul. Załęska 106B, 35-322 Rzeszów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Gmina Jastków** (ul. Chmielowa 3, 21-002 Jastków) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w piśmie z dnia 23 kwietnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Jastków w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie gminy Jastków w ramach projektu „Jesteśmy EKologiczni w gminie Jastków”. Numer referencyjny: UG.271.29.2020.CT. w zakresie części 2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 235-579557.

Wnoszący odwołanie wykonawca – Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na wybór oferty wykonawcy Solartime sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (wykonawca SOLARTIME) zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty SOLARTIME z Postępowania, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ ze względu na zaoferowanie w ramach oferty urządzeń (modułów) nie spełniających parametru posiadania konkretnej liczby ogniw modułu, określonego w pozycji nr 1 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową” (liczba ogniw miała wynosić równo 60 ogniw);
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty SOLARTIME z Postępowania, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ ze względu na zaoferowanie w ramach oferty urządzeń (modułów) nie spełniających parametrów minimalnych dotyczących współczynników temperaturowych napięcia i prądu modułu fotowoltaicznego, określonych w pozycji nr 10 i nr 11 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową” (współczynnik temperatury dla prądu I_{sc} nie większy niż [tj. lepszy niż] +5,0 mA/oK oraz współczynnik temperatury dla napięcia V_{oc} nie większy niż [tj. lepszy niż] -114,0 mA/oK);
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia SOLARTIME z Postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,

4. art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp zaniechanie odrzucenia oferty SOLARTIME z Postępowania, ze względu na przeprowadzenie między Zamawiającym a SOLARTIME niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmiany w jej treści, w zakresie zaoferowania innych modułów (i o innych parametrach) niż określonych pierwotnie w ofercie SOLARTIME,
5. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów nr 1-2 odwołania – naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp (względnie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp) poprzez zaniechanie wezwania SOLARTIME do złożenia wyjaśnień/uzupełnień w celu potwierdzenia, że zaoferowane urządzenia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego,
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wybór oferty SOLARTIME jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, a sam wykonawca wykluczeniu z Postępowania,

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty SOLARTIME jako najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty SOLARTIME na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz ze względu na przeprowadzenie pomiędzy Zamawiającym a SOLARTIME niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej przez ww. wykonawcę oferty;
1. wykluczenie SOLARTIME z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,
3. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądań, o których mowa powyżej w zarzutach nr 1-2 odwołania – wezwanie SOLARTIME do wyjaśnień/uzupełnień w celu potwierdzenia, że zaoferowany moduł spełnia parametry minimalne określone przez Zamawiającego,
4. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

Wskazał, że (...) Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zgodnie z ustalonymi w SIWZ wymaganiami, prawidłowa ocena oferty SOLARTIME przez Zamawiającego powinna skutkować odrzuceniem jego oferty oraz

wykluczeniem SOLARTIME z Postępowania, co umożliwi dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów oraz została sklasyfikowana na drugim miejscu, a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik Postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną Odwołującego w Postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Pzp, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania”.

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazał w szczególności:

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – niezgodność z SIWZ - niespełnianie parametru minimalnego dla modułu fotowoltaiczny równo 60 ogniw oferowanego przez SOLARTIME.

Zgodnie z postanowieniem pkt 8.7.3. lit. b tiret 1 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego należało złożyć:

„8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego: b) w zakresie części 2 zamówienia:

- karty katalogowe modułów i inwerterów fotowoltaicznych podpisane przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”, zgodnie z pkt. 3 (dla modułu fotowoltaicznego) i pkt. 4 (dla inwertera),”.

W pozycji nr 1 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową” ustanowiono parametr minimalny liczby ogniw modułu, zgodnie z treścią którego oferowany moduły mają posiadać 60 ogniw, przy czym w ostatniej kolumnie pozycji nr 1 do tabeli do pkt 3 wskazano, że powyższa ilość ogniw ma być równa 60, a zatem nie większa i nie mniejsza.

3. Moduły fotowoltaiczne.

Parametry modułów	Oczekiwany parametr	Tolerancja
Liczba ogniw	60 ogniw	Równy
Typ ogniw	4 bus barowe	Nie mniejsza niż
Moc maksymalna Pmax(Wp)	310	Nie mniej niż
Współczynnik sprawności modułu	18,70%	Nie mniej niż
Napięcie maksymalne Vmpp	32,3V -32,91V	Zakres
Prąd maksymalny Impp	9,42-9,7A	Zakres
Napięcie jałowe Vcc	39,1V -40,4V	Zakres
Prąd zwarciovowy Isc	9,81 -10,21 A	Zakres
Współczynnik temperatury dla Pmax	-0,38 %/°K	Nie większy niż

Zgodnie z treścią Formularza ofertowego SOLARTIME, którego wzór stanowił Załącznik nr 3 do SIWZ, moduł który jest oferowany przez SOLARTIME w niniejszym Postępowaniu to Phono Solar PS370M4-20/UH:

Lp.	Typ instalacji	Producent i model modułu oraz inwertera	Cena jednostkowa netto [zł]
1	2	3	4
1	Zestaw mocy min. 3,1 kWp	Phono Solar PS370M4-20/UH (moduł)	8 970,00 zł
		AFORE HNS3000TL-1 (inwerter)	
2	Zestaw mocy min. 4,03 kWp	Phono Solar PS370M4-20/UH (moduł)	11 510,00 zł
		AFORE BNT004KTL (inwerter)	
3	Zestaw mocy min. 4,03 kWp	Phono Solar PS370M4-20/UH (moduł)	13 350,00 zł

Zamawiający wezwaniem z dnia 18.02.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, w zakresie części nr 2 Postępowania wezwał SOLARTIME m.in. do złożenia kart katalogowych modułów i inwerterów fotowoltaicznych podpisanych przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”, zgodnie z pkt. 3 (dla modułu fotowoltaicznego) i pkt. 4 (dla inwertera) (pkt 3 lit. b w części 2 wezwania z 18.02.2021 r., str. 4).

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp złożył kartę katalogową zaoferowanego modułu z której wynika, że zaoferowany moduł posiada 120 ogniw. Na powyższe wskazują informację zamieszczone na grafice modułu zawartej w karcie katalogowej („Cells” z angielskiego to „ogniwa”):



Powyższe potwierdza również informacja zawarta na drugiej stronie karty katalogowej, która bezpośrednio wskazuje na ilość ogniw zastosowanych w oferowanym module:

CHARAKTERYSTYKA MECHANICZNA	
Typ ogniwa	Monokrystaliczne (120 półogniw 166 mm x 83 mm)

Z powyższego jasno wynika że moduł został zbudowany na bazie 120 ogniw, co bezpośrednio wskazuje na niezgodność z parametrem minimalnym wymaganym przez Zamawiającego, który wymagał zastosowania równo 60 ogniw. Niezgodność ta jest trwała i nieusuwalna, gdyż zaoferowanie innego modułu zbudowanego z 60 ogniw wiązałoby się z negocjacją treści oferty.

Zamawiający wezwaniem z dnia 26.03.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zobowiązał SOLARTIME do złożenia zmodyfikowanej (uzupełnionej) karty katalogowej, z której to karty

w zakresie ilości ogniw wynikały te same informacje co z pierwotnie złożonej karty katalogowej. Z uwagi na powyższe ponowne wezwanie do złożenia karty katalogowej na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp będzie niedopuszczalne. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyroku z dnia 07.05.2018 r. (sygn. akt: KIO 758/18): „Zamawiający nie miał obowiązku prawnego wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia tego samego dokumentu, jeżeli już raz był on wzywany do jego złożenia.”.

Odwołujący wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Pzp jest postępowaniem sformalizowanym, wymagającym stosowania zasad ustanowionych w treści SIWZ z uwagi na zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co wyraża się m.in. brakiem możliwości zmiany ustalonych warunków po terminie składania ofert). Zamawiający jest zatem związany procedurami obowiązującymi w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami, wykonawca ma natomiast obowiązek sprostać wymaganiom Zamawiającego lub nie składać oferty w postępowaniu. Jak wskazano, przepisy ustawy Pzp zakazują dokonywania przez wykonawcę modyfikacji treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu są związani treścią SIWZ. Jednocześnie należy podkreślić, iż również Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami. Skoro Zamawiający ukształtował treść wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, żądając, aby wykonawca spełniał określone warunki SIWZ, powinien następnie działać konsekwentnie, oceniając złożone w Postępowaniu oferty poprzez pryzmat sprecyzowanych na etapie przygotowania SIWZ wymagań. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2019 r., KIO 621/19: „Nie tylko wykonawcy, lecz również zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regułami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji”. Powyższy pogląd potwierdzono również w wyroku z dnia 11 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1248/18), w którym Izba wskazała, że: „Zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których zmiana jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert (arg. z art. 38 ust. 4 p.z.p.). Odstąpienie przez Zamawiającego od przyjętych w SIWZ wymogów adresowanych do wszystkich wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia publicznego, na etapie badania i oceny ofert, jest niedopuszczalne w

świetle ww. przepisu ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jak również stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p.". Ponadto podał, że skoro Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jasny i precyzyjny, nie powodujący wątpliwości interpretacyjnych powinien dokonać badania i oceny ofert w sposób ściśle związany z postanowieniami SIWZ, na co Izba wskazała w wyroku z dnia 18 maja 2018 r. (sygn. akt: KIO 845/18): „Udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną, która po stronie zamawiającego powoduje powstanie zobowiązania. Od tego momentu jest on związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy, opisanego w SIWZ. A zatem precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich ściśle interpretowanie i przestrzeganie stanowi jedną z podstawowych gwarancji czy wręcz jest warunkiem niezbędnym dla realizacji zasady opisanej w art. 7 ust. 1 p.z.p., a więc uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Zamawiający jest więc zobowiązany do oceny złożonych ofert w Postępowaniu zgodnie z ustaloną przez siebie treścią SIWZ. Jeżeli treść jakiegokolwiek oferty nie odpowiada treści wymagań określonych przez Zamawiającego (a zwłaszcza tak istotnych wymagań jak te dotyczące opisu przedmiotu zamówienia), Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Konieczność odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada zapisom SIWZ podkreśliła również Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyrokach o sygn. akt:

1) KIO 1038/19: „Zgodnie z art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym definicja oferty została zawarta w art. 66 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., tj. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Zatem przesłanka odrzucenia oferty, określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. - który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3" - dotyczy materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania”.

2) 11/17: „Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania

oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.”

3) KIO 436/15: „Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, przy czym wskazany wyjątek dotyczy możliwości samodzielnego poprawienia przez Zamawiającego w danej ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty”.

Również w doktrynie wskazuje się, że oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 15, 2019). Wymienione powyżej niezgodności treści oferty SOLARTIME z postanowieniami SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny, a ponadto dotyczą niezgodności z wymaganiami jasno sprecyzowanymi w SIWZ, tym samym ziszczyły się wszystkie przesłanki odrzucenia oferty SOLARTIME na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a brak dokonania powyższej czynności przez Zamawiającego stanowi również naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - niezgodność z SIWZ - niespełnianie parametrów minimalnych dotyczących współczynników temperaturowych napięcia i prądu modułu fotowoltaicznego zaoferowanego przez SOLARTIME.

W pozycji nr 10 i nr 11 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową” ustanowiono parametry minimalne współczynnika temperatury, zgodnie z treścią których zaoferowane moduły mają posiadać współczynnik temperatury dla prądu I_{sc} nie większy niż $+5,0 \text{ mA}/^{\circ}\text{K}$ oraz współczynnik temperatury dla napięcia V_{oc} nie większy niż $-114,0 \text{ mA}/^{\circ}\text{K}$:

Współczynnik temperatury dla I_{sc}	+5,0 mA/°K	Nie większy niż
Współczynnik temperatury dla V_{oc}	-114,0 mA/°K	Nie większy niż

W nawiązaniu do powyższego zaznaczył, że Zamawiający w odpowiedzi nr 3 z dnia 17.12.2020r. wyraził w jaki sposób należy traktować opis „Nie większy niż”:

Zgodnie z wiedzą techniczną, jak i również ogólnie przyjmowaną zasadą w innych postępowaniach, lepszą wartością współczynników temperaturowych jest wartość bliższa zeru. Zamawiający wezwaniem z dnia 18.02.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, w zakresie części nr 2 Postępowania wezwał SOLARTIME m.in. do złożenia kart katalogowych modułów i inwerterów fotowoltaicznych podpisanych przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”, zgodnie z pkt. 3 (dla modułu fotowoltaicznego) i pkt. 4 (dla inwertera) (pkt 3 lit. b w części 2 wezwania z 18.02.2021 r., str. 4). SOLARTIME w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp złożył kartę katalogową oferowanego modułu, w której wartości współczynników temperaturowych wynosiła odpowiednio:

WSPÓŁCZYNNIKI TEMPERATUROWE	
Współczynnik temperaturowy napięcia	-0,30%/°C
Współczynnik temperaturowy prądu	+0,05%/°C

W związku z zapisem ww. parametrów w jednostce „%/oC” Zamawiający wezwaniem z dnia 26.03.2021 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zobowiązał SOLARTIME do uzupełnienia karty katalogowej o wartości parametrów minimalnych oferowanego modułu, wymaganych w treści Załącznika nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”, podane w jednostkach miary zgodnie z ww. Załącznikiem nr 8 do SIWZ. W odpowiedzi SOLARTIME przedłożył zmodyfikowaną kartę katalogową modułów w której zamieniono powyższe wartości współczynnika na inne, które odpowiadają wartościom wymaganych w postępowaniu:

WSPÓŁCZYNNIKI TEMPERATUROWE	
Współczynnik temperaturowy napięcia V_{oc}	-114mV/°K
Współczynnik temperaturowy prądu I_{sc}	+5,0mA/°K

Wykonawca w sposób sprzeczny z wiedzą techniczną, w sposób niedopuszczalny zmienił wartości współczynników na takie, aby odpowiadały parametrom minimalnym określonym w Załączniku nr 8 do SIWZ- „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”. Należy w tym miejscu zauważyć, że pierwotnie podane parametry w procentach nie spełniały wymogu Zamawiającego. Na dowód powyższego należy przeliczyć wartości procentowe na docelowe bazując na parametrach wskazanych w karcie katalogowej tj. prąd zwarciovowy (Isc), napięcie jałowe (Voc):

PODSTAWOWE PARAMETRY ELEKTRYCZNE							
Model	PS360M4-20/UH		PS365M4-20/UH		PS370M4-20/UH		
	PS360M4H-20/UH		PS365M4H-20/UH		PS370M4H-20/UH		
Warunki testowania	STC	NOCT	STC	NOCT	STC	NOCT	
Moc znamionowa (Pmpp)	360	266	365	270	370	274	
Prąd znamionowy (Impp)	10.68	8.63	10.75	8.69	10.82	8.74	
Napięcie znamionowe (Umpp)	33.71	30.84	33.96	31.06	34.20	31.28	
Prąd zwarciovowy (Isc)	11.15	9.01	11.23	9.07	11.31	9.14	
Napięcie jałowe (Uo)	40.69	37.22	40.81	37.33	40.97	37.48	
Sprawność modułu (%)	19.62		19.90		20.17		

Zgodnie z podanymi informacjami należy przemnożyć wartość prądu zwarciovowego przez wartość procentową współczynnika temperaturowego:

$$11,31 [A] * 0,05 [\% / K] = 5,655 \text{ mA/K}$$

Analogicznie z współczynnikiem temperaturowym napięcia

$$40,97 [V] * (-0,30) [\% / K] = -122,91 \text{ mV/K}$$

Obie powyższe wartości nie spełniają warunku Zamawiającego gdyż są parametrami gorszymi niż wymagane w pozycji nr 10 i nr 11 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”.

SOLARTIME zamiast zastosować prawidłowe przeliczenie powyższych wartości z procentowych na docelowe, podstawił za nie inne wartości nie wynikające z pierwotnie złożonej oferty (pozostałych parametrów oferowanych modułów), dlatego też dopuścił się również niedopuszczalnych na tym etapie postępowania negocjacji treści oferty. Stwierdził, że SOLARTIME podlega również wykluczeniu ze względu na wprowadzenie w błąd Zamawiającego, ze względu na zatajenie prawdziwych wartości obu współczynników wynikających z przeliczenia ich na wartości w voltach i amperach, a zamiast tego podanie wartości innych (niewynikających z prawidłowo przeprowadzonych działań matematycznych) w celu pokazania Zamawiającemu parametrów spełniających parametry minimalne określone w dokumentacji Postępowania. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że wskazane w uzupełnionej karcie katalogowej modułów współczynniki temperaturowe są niezgodne z pozostałymi parametrami zaoferowanych modułów, przedstawionych w

przedłożonej pierwotnie karcie katalogowej. Z uwagi na powyższe podane przez SOLARTIME wartości należy uznać za nieprawdziwe, a w związku z powyższym zaoferowane przez SOLARTIME moduły uznać za niespełniające parametrów minimalnych współczynników temperaturowych, określonych w pozycjach nr 10 i nr 11 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”. Z uwagi na powyższe potwierdziło się, że zaoferowane przez SOLARTIME moduły są niezgodne z postanowieniami SIWZ. W zakresie podnoszonego zarzutu odpowiednie zastosowanie będzie miała argumentacja prawna wskazana w treści uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania. Wymienione powyżej niezgodności treści oferty SOLARTIME z postanowieniami SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny, a ponadto dotyczą niezgodności z wymaganiami jasno sprecyzowanymi w SIWZ, tym samym ziszczyły się wszystkie przesłanki odrzucenia oferty SOLARTIME na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a brak dokonania powyższej czynności przez Zamawiającego stanowi również naruszenie ww. przepisu oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

Mając na uwadze stan faktyczny przedstawiony w ramach uzasadnienia zarzutu nr 2 odwołania, SOLARTIME dopuścił się również przedstawienia Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd, co miało istotny wpływ na przebieg Postępowania. W odniesieniu do okoliczności podniesionych w zarzucie nr 2 odwołania, Zamawiający w dniu 18.02.2021 r. wezwał SOLARTIME do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, w tym karty katalogowej oferowanego modułu fotowoltaicznego, z której będzie wynikało spełnienie przez oferowane moduły m.in. parametrów minimalnych współczynników temperatury (pozycja nr 10 i nr 11 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ), zgodnie z treścią których zaoferowane moduły mają posiadać współczynnik temperatury dla prądu I_{sc} nie większy niż (tj. lepszy niż) $+5,0 \text{ mA}/^{\circ}\text{K}$ oraz współczynnik temperatury dla napięcia V_{oc} nie większy niż (tj. lepszy niż) $-114,0 \text{ mA}/^{\circ}\text{K}$. W odpowiedzi na powyższe wezwanie SOLARTIME przedstawiło kartę katalogową oferowanego modułu Phono Solar PS370M4-20/UH, z której wynikało wprost, że współczynniki temperaturowe ww. modułu wynoszą odpowiednio: 1) Współczynnik temperaturowy napięcia (V_{oc}): $-0,30\%/^{\circ}\text{C}$, 2) Współczynnik temperaturowy prądu (I_{sc}): $+0,05\%/^{\circ}\text{C}$. Przez co, po przeliczeniu powyższych wartości (na podstawie pozostałych parametrów przedstawionych w karcie katalogowej zaoferowanego modułu) na wartości wymagane przez Zamawiającego, potwierdziło się, że zaoferowane moduły nie spełniają parametrów minimalnych określonych w pozycjach nr 10 i nr 11 tabeli do pkt 3 Załącznika Nr 8 do SIWZ. Tymczasem z nieuzasadnionych przyczyn SOLARTIME, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26.03.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do przedstawienia kart katalogowych zawierających współczynniki temperaturowe przeliczone na wartości wymagane w Załączniku nr 8 do SIWZ, przesłał Zamawiającemu zmodyfikowaną

kartę katalogową oferowanego modułu z naniesionymi zmianami wartości współczynników temperaturowych przeliczonych w sposób niezgodny z wiedzą techniczną i nieodpowiadający pozostałym parametrom zaoferowanych modułów. Z uwagi na powyższe doszło do zmiany parametrów minimalnych oferowanych modułów w taki sposób, aby odpowiadały one parametrom minimalnym ustalonym przez Zamawiającego w Załączniku nr 8 do SIWZ, podczas gdy prawdziwości uzupełnionych parametrów nie sposób wykazać na podstawie pozostałych parametrów oferowanych modułów, których wartości wynikają wprost z przedstawionej karty katalogowej. Stwierdził, że powyższe okoliczności miały istotny wpływ na wynik Postępowania, ponieważ urządzenia SOLARTIME zostały uznane za spełniające minimalne parametry określone przez Zamawiającego, a w konsekwencji oferta SOLARTIME została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach Postępowania. W przypadku niezamierzonego działania wykonawcy, związanego z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, Zamawiający zobowiązany jest do skorzystania z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, zgodnie z którym z Postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również: „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”. Jak wskazuje doktryna, złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu i w każdym przypadku skutkuje wykluczeniem wykonawcy z Postępowania. Co istotne dla uznania, że wykonawca jest winny wprowadzenia Zamawiającego w błąd wystarczająca jest wina najłżejszego stopnia, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Tym samym nie jest wymagane działanie umyślne, choć takie, jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 (KIO z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO 421/18). Podobny pogląd Izba wyraziła w wyroku z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt: KIO 271/19: „O ile w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. jednoznacznie wskazano, że może być zastosowany wyłącznie jeśli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa to w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. odpowiedzialność wykonawcy ukształtowana została w sposób odmienny. Przepis ten dopuszcza zatem wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych wykonawcy tj. lekkomyślności lub niedbalstwa”. Nie dokonując wykluczenia z Postępowania wykonawcy SOLARTIME na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający zaniechał podstawowych działań mających na celu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ponieważ – jak wskazuje się w orzecznictwie KIO – „Zamawiający, stojąc na straży zasady równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców, winien w takiej sytuacji dołożyć wszelkich starań, aby sprawę wyjaśnić maksymalnie obiektywnie” (wyr. KIO z 9.3.2017 r., KIO 345/17). Należy przy tym podkreślić, że zakres wykluczenia wykonawcy

podającego nieprawdziwe informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jest znacznie szerszy niż w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp dotyczy bowiem wyłącznie przypadków wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria. Tymczasem treść art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp pozwala na wykluczenie wykonawcy podającego również inne informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu. W związku z powyższym wykluczenie może być spowodowane podaniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia przez zaoferowany przedmiot zamówienia parametrów minimalnych określonych w postanowieniach SIWZ. Taki pogląd został wyrażony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, m. in. w wyrokach o sygn. akt:

1) KIO 1496/18: „Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. dotyczy wszystkich informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Decydujący jest skutek w postaci wpływu na wynik, niezależnie od tego czego informacja dotyczy. Przesłanka ta aktualizuje się więc jedynie, gdy wprowadzenie w błąd dotyczy informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania”.

2) KIO 1747/18: „Do stwierdzenia faktu wprowadzenia w błąd zamawiającego, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., wystarczy, że podana została nieprawdziwa, tj. niezgodna z rzeczywistością informacja, bez względu na to, czy zamawiający opierając się na własnej wiedzy był ją w stanie zweryfikować, czy też nie”.

3) KIO 2057/18: „Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że działanie takie nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może to być również działanie nieumyślne tzn. niedbałe. Jednocześnie należy je oceniać w kontekście wymaganej od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych podwyższonej staranności z uwagi na zawodowy charakter tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). Jak wynika z orzecznictwa, omawiana przesłanka wykluczenia znajduje również zastosowanie do sytuacji, w których Zamawiający w SIWZ przewidział inne konsekwencje niewypełnienia określonych wymagań np. odrzucenia oferty”.

Odwołujący stwierdził, że umyślnie lub nie, wykonawca SOLARTIME wskazał Zamawiającemu wprowadzające w błąd, istotne informacje na temat parametrów zaoferowanego przedmiotu zamówienia, co mogło i miało wpływ na wynik Postępowania.

Mając na uwadze okoliczności sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający zaniechawszy czynności wykluczenia SOLARTIME dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, niezależnie od intencji jakimi kierował się wykonawca przy podawaniu nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia przez zaoferowane urządzenia minimalnych parametrów.

4. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp.

W nawiązaniu do stanu faktycznego przedstawionego w uzasadnieniu zarzutów nr 2 oraz nr 3 odwołania, doszło również – zdaniem Odwołującego - do przeprowadzenia między Zamawiającym a SOLARTIME negocjacji co do treści oferty, która skutkowałą niedozwoloną zmianą oferty w świetle art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Jak już podkreślał Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów nr 2 oraz nr 3 odwołania, w toku badania i oceny ofert doszło do zaoferowania modułów innych niż wskazane w treści Formularza ofertowego SOLARTIME. Jak podkreślał bowiem Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26.03.2021 r. (na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp), SOLARTIME przedstawił Zamawiającemu zmodyfikowaną kartę katalogową oferowanego modułu z naniesionymi zmianami wartości współczynników temperaturowych przeliczonych w sposób niezgodny z wiedzą techniczną i nieodpowiadający pozostałym parametrom zaoferowanych modułów, wynikających z ww. karty katalogowej. Zdaniem Odwołującego w ten sposób doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp, z którego wynika, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w tym przepisie, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W ocenie Odwołującego SOLARTIME nie był uprawniony do zmiany zaoferowanego modułu, gdyż oferowany moduł kształtuje treść zobowiązania SOLARTIME, w związku z czym niedopuszczalna była jego zmiana w toku Postępowania. W przeciwnym wypadku za dopuszczalną należałoby uznać praktykę, w której wykonawca mógłby zmieniać oferowane urządzenia składające się na treść zobowiązania, co mogłoby przykładowo doprowadzić do zaoferowania urządzeń droższych, które nie mieściłyby się w cenie pierwotnej oferty SOLARTIME, co w sposób oczywisty naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”, przy czym z oczywistych względów niemożliwe jest zastosowanie wyjątku wprowadzonego zastrzeżeniem do ust. 1a i 2 ustawy, mając chociażby na uwadze, że Izba takiego sposobu procedowania nie wskazała jako dopuszczalnego w rozpatrywanej sprawie. Należy zauważyć, że przez negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień można rozumieć np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie

znajdowała. Prowadziłyby to bowiem do wprowadzenia do oferty nowego elementu, nieznajdującego się w niej pierwotnie. Niedozwolone będą wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie. Przez pojęcie wyjaśnienia oferty nie można rozumieć możliwości uzupełniania dokumentów. Powyższe poparte zostało licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej m. in. w wyrokach KIO o sygn. akt:

1) 1567/18: „Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.”;

2) 1350/19: „Zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta.”;

3) 1038/19: „Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert”.

Zasadniczo więc, wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany oferty, a jedynie do wyjaśnienia wątpliwości, które powziął Zamawiający. Należy jednocześnie mieć na względzie, że Zamawiający dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu powinien w sposób prawidłowy zbadać oferty. Tym samym jakkolwiek nieprawidłowość wezwania do wyjaśnień, w tym ocena udzielonych wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych. Jak wskazała bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 1194/18: „Wyjaśnienia mogą przedstawiać jakieś dodatkowe informacje, ale muszą być to informacje, które znajdują odzwierciedlenie w ofercie. Jeżeli pewna treść nie została w ofercie ujęta, to trudno wyobrazić sobie złożenie w tym zakresie dodatkowych informacji. Każde bowiem elementy oświadczenia woli będą nowe w porównaniu do treści oferty. Przedstawienie zaś nowych, nie ujętych w ofercie informacji jest

zmianą treści oferty po terminie składania ofert, czego przepisy ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają”. Ze względu na powyższe, Zamawiający, akceptując treść dokumentów złożonych przez SOLARTIME w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26.03.2021 r., zgodził się na dokonanie zmiany treści pierwotnej oferty w zakresie zaoferowanych przez ww. wykonawcę modułów, co skutkowało przeprowadzeniem niedopuszczalnych na tym etapie Postępowania negocjacji dotyczących istotnej treści oferty. W okolicznościach sprawy doszło zatem do naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

5. Zarzut ewentualnego naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp (względnie art. 87 ust. 1 Pzp).

Wszelkie uchybienia dotyczące badania i oceny oferty SOLARTIME, które zostały opisane w zarzutach nr 1-2 odwołania, tj. w zakresie odnoszącym się do zaoferowanego przez SOLARTIME urządzeń niezgodnych z postanowieniami SIWZ i nie spełniających parametrów minimalnych określonych w Załączniku nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”, powinny co najmniej wywołać wątpliwości Zamawiającego uzasadniające wezwanie SOLARTIME o dalsze wyjaśnienia i dokumenty. Z ostrożności procesowej, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że opisane w zarzutach nr 1-2 odwołania niezgodności stanowią podstawę do odrzucenia oferty SOLARTIME, Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania SOLARTIME do złożenia wyjaśnień/uzupełnień dotyczących zaoferowanych urządzeń w zakresie wątpliwości podniesionych w uzasadnieniu zarzutów nr 1-2 odwołania. Uwzględniając okoliczności podniesione powyżej uzasadnieniu zarzutów nr 1-2 odwołania, Zamawiający powinien co najmniej powziąć wątpliwości co do spełniania przez zaoferowany przez SOLARTIME urządzenia wymagań określonych w dokumentacji Postępowania, w szczególności w Załączniku nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”. Mając na uwadze fakt, że wątpliwości co do zgodności oferowanych przez SOLARTIME urządzeń z postanowieniami SIWZ powstały na podstawie dokumentów przedmiotowych, złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp oraz z art. 26 ust. 3 Pzp, Odwołujący wskazuje, że z uwagi na zaniechanie wezwania o wyjaśnienia w powyższym zakresie względnie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że co prawda do wezwania o złożenie dokumentów i wyjaśnień doszło na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp oraz z art. 26 ust. 3 Pzp niemniej jednak wątpliwości dotyczą informacji zawartych w dokumentach przedmiotowych stanowiących szeroko rozumianą ofertę, w związku z powyższym wezwanie o złożenie wyjaśnień mogło względnie nastąpić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

6. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wskazał, że wybór jako najkorzystniejszej oferty SOLARTIME był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy Pzp, w

sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w niniejszym odwołaniu argumenty przesądzą o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością odrzucenia oferty SOLARTIME na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wykluczenia wykonawcy SOLARTIME na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności. Powyższy pogląd został potwierdzony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m. in. w wyrokach KIO o sygn. akt:

- 1) 1620/16: „Wynik postępowania to nie samo wskazanie oferty najkorzystniejszej, ale poprzedzające je ustalenie wykonawców, których oferty zostały poddane ocenie, bo z pośród nich następuje wskazanie oferty najkorzystniejszej. Niewątpliwie wpływ na wynik postępowania ma dopuszczenie do oceny oferty podlegającej odrzuceniu, jeżeli ma ona szanse na uzyskanie najwyższej oceny”,
- 2) 2251/15: „Przepis art. 91 ust. 1 p.z.p. jest usytuowany po przepisie art. 89 ust. 1 p.z.p. mówiącym o powodach odrzucenia oferty, a więc przepis ten należy odczytywać "Zamawiający wybiera - spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia",
- 3) 1804/14: „Nie podziela się stanowiska, że porównywalność ofert, to wyłącznie możliwość oceny w kryteriach oceny ofert. Porównywalność ofert, to również stosowanie jednakowych przesłanek wykluczenia i odrzucenia ofert w stosunku do wszystkich wykonawców, a także niedopuszczanie do sytuacji braku możliwości jednoznacznego ustalenia kręgu ofert, które mogą być poddane ocenie merytorycznej, gdyż nie stosuje się do nich art. 89 ust. 1 p.z.p.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 11 czerwca 2021 r.) wniósł o oddalenie odwołania oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu tj. stanowiska inspektora mgr inż. Z. S. co do faktu spełnienia przez oferowane moduły fotowoltaiczne minimalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Także o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie złożona na rozprawie. Wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

I. Stan faktyczny (...)

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lutego 2021 r. do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, Solartime Sp. z o.o. złożyła wszystkie wymagane

dokumenty, w tym kartę katalogową oferowanych modułów fotowoltaicznych. Tym samym Solartime Sp. z o.o. w odpowiednim terminie wypełniła żądanie Zamawiającego. Zatem nieuprawnionym jest twierdzenie, że Wykonawca ten nie przedłożył w pierwszym możliwym terminie wszystkich dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Wobec przedłożenia przez Solartime Sp. z o.o., w odpowiedzi na pierwotne wezwanie Zamawiającego, karty katalogowej z oznaczeniem w zakresie współczynnika temperatury napięcia oraz współczynnika temperatury prądu wyrażonych w jednostkach $\%/^{\circ}\text{C}$. Zamawiający w dniu 26 marca 2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia uzupełnionej karty katalogowej, której wartości wskazanych współczynników wyrażone zostaną w jednostce odpowiednio m oraz $\text{mA}/^{\circ}\text{K}$. Z treści przedmiotowego wezwania jasno wynika, że Solartime Sp. z o.o. złożył wymaganą kartę katalogową, jedyne wątpliwości jakie zaistniały wobec jej treści dotyczą jednostki w jakiej wyrażone zostały wskazane wyżej parametry. Jednocześnie należy podkreślić, że Zamawiający był nie tylko uprawniony ale i zobowiązany do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień względem treści dokumentów, co do których powziął wątpliwości. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, Solartime Sp. z o.o. przedłożyła uzupełnioną kartę katalogową tj. zawierającą informację co do wyżej opisanych wskaźników wyrażonych w jednostkach wymaganych przez Zamawiającego. Przedłożone dokumenty potwierdził spełnienie przez oferowane przez Wykonawcę moduły fotowoltaiczne wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego. Podkreślił, że Zamawiający na żadnym etapie prowadzonego postępowania nie miał wątpliwości, że oferowane przez Solartime Sp. z o.o. moduły fotowoltaiczne spełniają wymóg dotyczący oczekiwanej liczby ogniw oznaczonej na liczbę 60. Jednocześnie względem liczby ogniw w załączniku nr 8 do SIWZ dotyczącym minimalnych parametrów decydujących o równoważności do potwierdzenia karta katalogowa, w oznaczeniu tolerancji co do liczby ogniw oznaczono „równy”, Oznacza to, że wymagana liczba ogniw miała zostać oznaczona równo na 60. Zgodnie z przedłożoną na potrzeby postępowania kartą katalogową, w opisie charakterystyki mechanicznej w punkcie dotyczącym typu ogniw oznaczono, że są to ogniwa monokrystaliczne (120 półogniw 166 mm x 83 mm). Wobec takich informacji Zamawiający nie miał wątpliwości, że oferowane moduły spełniają wymóg posiadania równej liczby 60 ogniw. Wobec przedłożenia wszystkich wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie przez produkty ofertowane przez Solartime Sp. z o.o. wymogów opisanych w SIWZ, Zamawiający w dniu 13 kwietnia 2021 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, uznając tym samym ofertę złożoną przez Solartime Sp. z o.o. jako najwyższej ocenioną.

II. Bezpodstawność zarzutów z punktu 1 i 2 odwołania dotyczących nie spełnienia przez moduły fotowoltaiczne minimalnych parametrów.

Zgodnie z wyżej wskazanymi uwagami, Solartime sp. z o.o. w toku postępowania zaoferował moduły fotowoltaiczne z wymaganą ilością 60 ogniw. Z przedłożonej na wezwanie

Zamawiającego karty katalogowej jasno wynika, że w oferowanych modułach zastosowano ogniwa monokrystaliczne (120 półogniw 166 mm x 83 mm). Jak wskazał w załączonym do odpowiedzi stanowisku inspektor mgr inż. Z. S.: *„Mając na uwadze że dokumentacja projektowa przygotowywana była w roku 2020 należy zaznaczyć, że producenci modułów dążąc nieustannie do zmniejszenia nie tylko wagi, kosztów instalacji, ale i poprawy wydajności modułów stale wprowadzają innowacje w konstrukcji swoich urządzeń.”* Dalej podkreślono, że *„Zgodnie z postępowaniem technologicznym w portfolio wielu producentów modułów pojawiły się moduły z ogniwami ciętymi na pół, które na dzisiaj wyparły starszą technologię i stały się światowymi standardami”*. Jak podkreślono w przedmiotowym stanowisku, ogniwa HALF CUT stanowią efekt przełomu technologicznego, w wyniku którego miejsce 60 ogniw w module klasycznym zajęło 120 półogniw. *„Ta niewielka zmiana konstrukcyjna pozwala małym nakładem kosztów uzyskać ok. 5-10 Wp mocy więcej z modułu P V, Zastosowanie ciętych na pół ogniw pozwala zmniejszyć czterokrotnie straty mocy na linii ogniwo P V-moduł P V. Wynika to z faktu, że strata mocy równa jest oporowi mnożonemu przez wartość prądu podniesioną do kwadratu. Co więcej, ogniwo przecięte na pół ma prąd o połowę niższy, gdyż wartość prądu jest wprost proporcjonalna do powierzchni ogniwa. Zwiększenie do 120 liczby półogniw w module P powinno przełożyć się na dwukrotny wzrost napięcia. Niemniej jednak, moduły z połówkowymi ogniwami zazwyczaj są budowane w układzie dwóch grup po 60 półogniw łączonych równolegle na wyjściu. W konsekwencji napięcie oraz prąd wyjściowy z modułu są zbliżone do wartości typowych dla standardowych modułów P V opartych o 60 ogniw. Jednocześnie, co w sposób jednoznaczny podkreślono w załączonej opinii, zastosowanie technologii HALF CUT niesie za sobą liczne dodatkowe korzyści sprawiając, że zaoferowany produkt jest wydajniejszy i bardziej efektywny niż pierwotne oczekiwane moduły z 60 ogniwami. „Moduły oparte o półogniwa wykazują znacznie mniejsze negatywne skutki na zabrudzenia i zacieniania modułu w stosunku do klasycznej technologii 60-ogniowej. Wynika to z faktu zmienionej struktury połączeń ogniw w module. Zmniejszenie powierzchni pojedynczego ogniwa daje jeszcze jeden użyteczny efekt, a mianowicie zmniejsza podatność modułu na uszkodzenia mechaniczne. Mniejsze naprężenia to mniejsze ryzyko mikrouszkodzeń przy silnym wietrze, transporcie, czy obciążeniu śniegiem. Technologia HALF CUT gwarantuje działanie instalacji przez lata, chroniąc niejako strukturę każdego modułu fotowoltaicznego. Wobec powyższego. należy ocenić, że oferowane przez Solartime Sp. z o.o. moduły fotowoltaiczne spełniają wymogi określone w minimalnych parametrach decydujących o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową tj. załączniku nr 8 do SIWZ, w zakresie oczekiwanej ilości ogniw. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że w pełni nieuprawnionym jest twierdzenie Odwołującego jakoby Zamawiający żądał od Solartime Sp. z o.o. „zmodyfikowania” przedłożonej karty katalogowej co sugerowało by wymuszające działanie Zamawiającego*

dodania/usunięcia informacji jakich pierwotnie w niej nie było. Wezwanie Zamawiającego z dnia 26 marca 2021 r. w żadnym stopniu nie dotyczyło kwestii ogniw w zaoferowanych modułach. Zamawiający na żadnym etapie prowadzonego postępowania nie miał wątpliwości, że oferowane przez Solartime Sp. z o.o. moduły fotowoltaiczne spełniają wymóg dotyczący oczekiwanej liczby ogniw oznaczonej na liczę 60. Z przedłożonej karty katalogowej w opisie charakterystyki mechanicznej w punkcie dotyczącym typu ogniw jasno wynikało, są to ogniwa monokrystaliczne (120 półogniw 166 mm x 83 mm). Wobec takich informacji Zamawiający nie miał wątpliwości że oferowane moduły spełniają wymóg posiadania równej liczby 60 ogniw. Tym samym twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający, żądał przedłożenia „zmodyfikowanej” karty katalogowej są nieuprawnione, w szczególności, jeżeli jakkolwiek zmiany dotyczyć by miały ilości ogniw w modułach. W pełnym oderwaniu od przedmiotowego stanu faktycznego jest także, twierdzenie zgodnie, z którym Zamawiający wzywałby Solartime Sp. z o.o. do dokonania modyfikacji złożonej przez niego oferty. W zakresie spełnienia przez oferowane moduły fotowoltaiczne warunków opisanych w minimalnych parametrach decydujących o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową dotyczących prądu, należy ocenić, że zarzuty i twierdzenia odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. W pierwotnie przedłożonych dokumentach wyżej wskazane wskaźniki wyrażone zostały w jednostkach $ow\ oc$. W związku z wątpliwościami co do jednoznacznej oceny złożonej karty Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia tych kwestii. Jak wskazano wyżej, Zamawiający był nie tylko uprawniony ale i zobowiązany do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień względem treści dokumentów, co do których powziął wątpliwości. Stanowisko to zgodne jest z ugruntowaną linią orzecniczą KIO. Przykładowo w wyroku KIO 3517/20 podkreślono „Nieprawidłowa jest praktyka wykluczania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, bądź też odrzucania oferty wykonawcy, w oparciu o domysły czy leż domniemania zamawiającego, Wykluczenie wykonawcy, na równi z odrzuceniem oferty są najbardziej dla wykonawcy dotkliwymi sankcjami przewidzianymi ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych i powinny być dokonywane na podstawie okoliczności nie budzących żadnych wątpliwości. W sytuacji, gdy nie zachodzi żadna z okoliczności zwalniająca zamawiającego z obowiązku stosowania wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp. Podkreślił, że wystosowane wezwanie nie dotyczyło „zmodyfikowania” pierwotnie złożonej karty katalogowej, a jedynie wyjaśnienia tj. w rzeczywistości przeliczenia wcześniej podanych parametrów na jednostki oczekiwane przez Zamawiającego. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Solartime Sp. z o.o. przedłożyła kartę w której wartość współczynnika temperatury napięcia V_{oc} wyrażona została w jednostkach $mV/^{\circ}K$ natomiast wartość współczynnika temperatury prądu I_{sc} wyrażona została w jednostkach $mA/^{\circ}K$. Z uzupełnionej karty katalogowej jasno wynikało, że złożone przez Wykonawcę dokumenty spełniają wymagania opisane przez Zamawiającego. Jednocześnie nie sposób uznać, by

obliczenia przeprowadzone przez Odwołującego mogły stanowić potwierdzenie wadliwie określonych wartości parametrów współczynnika temperatury napięcia oraz współczynnika temperatury prądu. Odwołujący w celu potwierdzenia niespełnienia przez oferowane moduły warunku opisanej w dokumentach przetargowych dotyczącego wartości współczynnika temperatury napięcia przeprowadza działanie mnożąc wartość napięcia jałowego wyrażonego w V przez wartość przedmiotowego współczynnika wyrażoną w owoc. W wyniku przeprowadzonego działania Odwołujący otrzymał wynik w jednostce $mV/^{\circ}K$, po czym ocenił, że oferowany moduł nie jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Tym samym uznać należy, że Odwołujący w sposób dowolny posługuje się jednostkami C czy K, których rozróżnienie jak się wydaje miałyby nie mieć żadnego znaczenia. Analogiczne działania zostały przeprowadzone w celu obliczenia wartości współczynnika temperatury prądu. Wobec powyższego uznać należy, że przeprowadzone przez Odwołującego wyliczenia nie mogą stanowić jakiegokolwiek dowodu mającego potwierdzić niespełnienie przez oferowane moduły wymagań opisanych w dokumentacji przetargowej. Twierdzenie takie byłoby tym bardziej niezasadne, że Zamawiający w sposób rzetelny oceniając parametry oferowanego modułu, opierając się na złożonej karcie katalogowej zgodnie, z którą wartość współczynnika temperatury napięcia V_{oc} oznaczona została na $-114 mV/0K$ oraz współczynnika temperatury prądu I_{sc} na $+5,0 mA/0K$, zasadnie uznał, że zaofertowane moduły spełniają jego oczekiwania wyrażone w dokumentach postępowania. Wobec powyższego odrzucenie ofert Solartime Sp. z o.o. w takich okolicznościach byłoby w pełni nieuzasadnione.

Wobec powyżej przytoczonej argumentacji nie sposób uznać by oferta złożona przez Solartime Sp. z o.o. nie spełniała opisanych w SIWZ. Jednocześnie bezzasadne są zarzuty Odwołującego, jakby między Wykonawcą a Zamawiającym miałyby dojść do negocjowania złożonej oferty. Zamawiający wzywając Solartime Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień i uzupełnień dążył wyłącznie do uzyskania od Wykonawcy jednoznacznych informacji potwierdzających spełnienie przez oferowane produkty wymagań opisanych w dokumentacji przetargowej, Nie sposób uznać by takie działanie Zamawiającego mogłoby być oceniane jako negocjowanie złożonej oferty. W wyniku złożonych wyjaśnień nie doszło do przedłożenia dodatkowego dokumentu, a tym bardziej nie doszło do zamiany pierwotnie złożonej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Solartime Sp. z o.o. wnosząc także o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) (dalej: nPzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 2 grudnia 2020 r. a odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 23 kwietnia 2021 r. Izba zatem w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r. Natomiast ocena dokonanych przez Zamawiającego czynności nastąpiła na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w oparciu o które było wszczęte i prowadzone przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W odwołaniu w zakresie części 2 zamówienia podniesiono dwa kluczowe zarzuty wobec oferty wykonawcy Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (wykonawca SOLARTIME) dotyczące naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp a dotyczące trzech parametrów opisanych w Załączniku Nr 8 do SIWZ „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową” w punkcie 3. Moduły fotowoltaniczne, a mianowicie:

Parametry modułów	Oczekiwany parametr	Tolerancja
Liczba ogniw	60 ogniw	Równy
(...)		
Współczynnik temperatury dla Isc	+5,0 mA/°K	Nie większy niż
Współczynnik temperatury dla Voc	-114,0 mA/°K	Nie większy niż

Wnoszący odwołanie wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania wymaganych parametrów zgodnie z rozdziałem 8.7.3. w zakresie części 2 zamówienia (lit. b) należało złożyć:

„- karty katalogowe modułów i inwerterów fotowoltaicznych podpisane przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora

urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 8 do SIWZ - „Minimalne parametry decydujące o równoważności do potwierdzenia kartą katalogową”, zgodnie z pkt. 3 (dla modułu fotowoltaicznego) i pkt. 4 (dla inwertera)”. Wykonawca SOLARTIME w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp złożył kartę katalogową zaoferowanego modułu z której wynika, że zaoferowany moduł – według Odwołującego - posiada 120 ogniw.

Izba stwierdza, że pierwszy z zarzutów niespełniania parametru minimalnego przez moduł fotowoltaiczny równo 60 ogniw oferowany przez wykonawcę SOLARTIME nie podlega uwzględnieniu.

Według Odwołującego niespełnianie tego parametru co do jego minimum ma potwierdzać informacja zamieszczona na grafice modułu zawartej w karcie katalogowej („Cells” z angielskiego to „ogniwa”) oraz również informacja zawarta na drugiej stronie karty katalogowej, która bezpośrednio wskazuje na ilość ogniw zastosowanych w oferowanym module:

CHARAKTERYSTYKA MECHANICZNA	
Typ ogniw	Monokrystaliczne (120 półogniw 166 mm x 83 mm)

Izba nie zgodziła się z tym stanowiskiem. Zwraca przede wszystkim uwagę, że z drugiego z dowodów wskazanych przede wszystkim wynika, że moduł został zbudowany na bazie 120 półogniw, co z kolei bezpośrednio nie wskazuje na niezgodność z wymaganym parametrem minimalnym zastosowania równo 60 ogniw. Zgodnie ze specyfikacją - w rozdziale 4 w punkcie 4.4. odnośnie „Rozwiązania równoważne” wskazano m.in.: „Wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej, Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez zamawiającego”. Z opinii inspektora załączonej do odpowiedzi na odwołanie wynika, że moduł zbudowany ze 120 półogniw w zakresie minimalnego parametru zgodnie z przedłożoną na potrzeby postępowania kartą katalogową, w opisie charakterystyki mechanicznej w punkcie dotyczącym typu ogniw (moduł z ogniwami ciętymi na pół) oznaczonym, że są to ogniwa monokrystaliczne (120 półogniw 166 mm x 83 mm)

spełnia wymóg posiadania równej liczby 60 ogniw. Izba zwraca także uwagę, że w publikacji na którą powołuje się sam odwołujący ta okoliczność jest przyznana. Mianowicie na stronie 28 z wyciągu publikacji autor także posługuje się pojęciem połówkowych ogniw zaznaczając, że są one budowane w układzie dwóch grup po 60 ogniw łączonych równolegle oraz, że napięcie oraz prąd wyjściowy z modułu są zbliżone do wartości typowych dla standardowych modułów opartych o 60 ogniw.

Także nie podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący niespełniania parametrów minimalnych dotyczących współczynników temperaturowych napięcia i prądu modułu fotowoltaicznego oraz związany z nim zarzut przedstawienia przez SOLARTIME informacji dotyczących tych parametrów wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Według opisu parametrom wskazanym zostały przypisane określone wartości i miały być one wyrażone w $\text{mA}/^\circ\text{K}$. Według karty katalogowej dla oferowanego modułu Phono Solar PS370M4-20/UH te parametry były wyrażone w „ $\%/^\circ\text{C}$ ”. Zamawiający wezwał wykonawcę SOLARTIME do złożenia – do czego był uprawniony - uzupełnionej karty katalogowej dla tego urządzenia, której wartości wskazanych współczynników wyrażone zostaną w wymaganej jednostce w $\text{mA}/^\circ\text{K}$. Izba zwraca uwagę, że przedkładane przez Odwołującego karty w zakresie tych parametrów standardowo są wyrażane w „ $\%/^\circ\text{C}$ ”, a nie w miarach wymaganych w tym postępowaniu. Tym samym przedkładając kartę katalogową na wezwanie z art. 26 ust.1 Pzp wykonawca posłużył się kartą uwzględniającą standardowe jednostki miary, a niestandardowo określone współczynniki temperaturowe, jak to wyraził w opinii - powołanej jako dowód - ekspert Odwołującego.

Izba ponadto zgodziła się z Zamawiającym, że obliczeń Odwołującego nie można uznać za potwierdzenie wadliwie określonych wartości parametrów współczynnika temperatury napięcia oraz współczynnika temperatury prądu. W tym przypadku Odwołujący twierdzenie niezgodności parametrów oparł na obliczeniach własnych oraz na wskazanej opinii eksperta przedłożonej na rozprawie. Jednakże w tej opinii ekspert podaje: „2. *Zamawiający w specyfikacji przetargu określił wymagania dotyczące współczynników temperaturowych napięcia, prądu oraz mocy dla zamawianych modułów PV, przy czym dla napięcia i prądu, opisał je w taki sposób, aby ostatecznie weryfikacja jakości opierała się o wartości przeliczone na $\text{mV}/^\circ\text{C}$ i $\text{mA}/^\circ\text{C}$. Jest to niestandardowe określenie współczynników temperaturowych, w praktyce nie dające możliwości prawidłowej oceny danego modułu PV na podstawie karty katalogowej opisującej zakres kilku modułów różniących się mocą maksymalną. Ze względu na technologię produkcji modułów PV MonoSi, jedna karta*

katalogowa najczęściej opisuje zakres kilku modułów różniących się mocą w warunkach STC i tak też zaprezentowano to dla przedmiotowych modułów Phonosolar. Moduły PV Phonosolar mają wspólną kartę katalogową dla modeli modułów PV o mocach w warunkach STC - od 360Wp do 380 Wp (poniżej zacytowano jej fragment - Tabela 1). W celu prawidłowego określenia współczynników temperaturowych w ujęciu mV/°C i mA/°C należałoby wymagać przedstawienia karty katalogowej dla określonego, jednego tylko (a nie zakresu) modułu PV o ściśle określonej mocy. Wtedy podanie wartości mV/°C i mA/°C byłoby jednoznaczne". Następnie ekspert dokonuje przykładowych obliczeń i konkluduje, że: (...) zaprezentowana karta katalogowa Phonosolar obejmuje informacje dla czterech różnych modułów PV i bez jednoznacznego wskazania którego modułu dotyczą podane informacje, nie ma możliwości jednoznacznego określenia, czy dany moduł Phonosolar spełnia wymagania zamawiającego w zakresie współczynników temperaturowych na pięcia i prądu wyrażonych w mA/°C czy też nie".

Wobec powyższych ustaleń Izba za niezasadne uznała wskazane jako kluczowe zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, jak i zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i wobec powyższego niezasadnym stało się rozpoznawanie pozostałych zarzutów dotyczących naruszenia 26 ust. 3 lub 4 Pzp (względnie naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp podnoszonych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i z tego powodu odwołanie podlegało w całości oddaleniu.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła art. 575 Pzp oraz § 8 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....