

WYROK

z dnia 19 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Marek Koleśnikow

Beata Konik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie **16 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **21 stycznia 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Miasta Zamość w ramach projektu pn. „Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii na domach jednorodzinnych w Mieście Zamość”* (nr postępowania IM-ZP.272.37.2020.MT)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Zamość**

przy udziale wykonawcy: **Solartime sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Miasto Zamość {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Miasta Zamość w ramach projektu pn. „Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii na domach jednorodzinnych w Mieście Zamość”* (nr postępowania IM-ZP.272.37.2020.MT)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 września 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_185 pod poz. 446021.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Solartime sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie {dalej również: „Solartime” lub „Przystępujący”}.

21 stycznia 2021 r. Sanito sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Sanito” lub „Odwołujący”} wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Solartime.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} z uwagi m.in. na to, że:

1. Urządzenia nie spełniają minimalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego i zawierają nieodpowiednio dobrane względem projektów inwertery.
2. Istnieje rozbieżność w nazwie modułu fotowoltaicznego pomiędzy formularzem ofertowym a wyjaśnieniami złożonymi na wezwanie Zamawiającego.
3. Nie przedstawiono wszystkich dokumentów, których złożenie było wymagane dla stwierdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego badania i oceny ofert.
3. Odrzucenia oferty Solartime.
4. Wyboru oferty Sanito jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad zarzutów z pkt 1.}

Zgodnie z pkt 4.3.3. „Falownik sieciowy” dokumentacji projektowej z załącznika nr 1 do SIWZ pn. „Dokumentacja techniczna 1-fazowa 1 połąć” Zamawiający wymagał dwóch niezależnych wejść MPPT dla inwertera, czyli możliwość podłączenia dwóch stringów.

Zamawiający potwierdził to w zawartej w „Wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ (2)” z 23 października 2020 r. odpowiedzi (*Należy zastosować falownik zapewniający poprawną pracę instalacji na dwóch połączeniach*) na pytanie nr 40 (*Prosimy o dopuszczenie falownika jednofazowego z 1 MPPT*).

Zgodnie z zawartymi w „Wyjaśnieniach i zmianie treści SIWZ (3)” z 9 listopada wyjaśnieniami w odpowiedzi na pytanie nr 12 Zamawiający wymagał dla falowników 3 kW jednofazowych m.in. maksymalnego napięcia wejściowego 600 V.

Zgodnie z pkt 4.3.3. „Falownik sieciowy” dokumentacji projektowych z załącznika nr 1 do SIWZ pn. „Dokumentacja techniczna 3-fazowa 1 połąć” oraz „Dokumentacja techniczna 3-fazowa 2 połączenie” Zamawiający wymagał napięcia minimalnego/początkowego napięcia wejściowego odpowiednio <150W / <180V.

Znak „<” znajdujący się w projekcie oznacza wartości mniejsze od 150 dla napięcia minimalnego.

Inwertery wskazane w tabeli formularza ofertowego Solartime:

- 1) Afore HNS3000TL-1 (instalacja jednofazowa – jedna połąć) – w wierszu nr 1;
- 2) Afore HNS3000TL (instalacja jednofazowa – dwie połączenia) – w wierszu nr 2;
- 3) Afore BNT003KTL (instalacja trójfazowa – jedna połąć, instalacja trójfazowa – dwie połączenia) – w wierszach nr 3 i 4.

Na skutek wezwania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp do złożenia certyfikatów oraz kart technicznych modułu fotowoltaicznego inwertera, których Zamawiający zażądał w pkt 8.7.3 SIWZ, Solartime złożył m.in. karty katalogowe dla wszystkich trzech modeli oferowanych inwerterów.

Ze złożonych następnie kart katalogowych dla tych inwerterów, wynika, co następuje.

ad 1) inwerter Afore HNS3000TL-1 (karta katalogowa Afore HNS3000TL-1-sig):

- jest przeznaczony do instalacji 1-stringowych [*Liczba MPPT / Liczba stringów / szt. 1/1*]
- maksymalne napięcie wynosi 500 V,

Zgodnie z postanowieniem z pkt 4.4. „Rozwiązania równoważne” wykonawca może

zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych. W tym przypadku 500 V jest wartością gorszą od wymaganej.

ad 3) inwerter Afore BNT003KTL – w karcie katalogowej Afore BNT003KTL-sig nie występuje jednoznaczne potwierdzenie napięcia minimalnego mniejszego od 150 V, widnieje informacja o zakresie napięcia MPPT zaczynającym się od 150 V oraz napięciu startowym, które równe jest 150 V.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że:

- 1) inwerter Afore HNS3000TL-1 ma jedno wyjście MPPT zamiast wymaganych dwóch {dalej jako „zarzut 1.1) lub „zarzut 1)”}
- 2) inwerter Afore HNS3000TL-1 obsługuje maksymalnie napięcie 500 V zamiast wymaganego 600 V {dalej jako „zarzut 1.2) lub „zarzut 2)”}
- 3) inwerter Afore BNT003KTL nie obsługuje wymaganego napięcia minimalnego mniejszego niż 150 V. {dalej jako „zarzut 1.3) lub „zarzut 3)”}.

{ad zarzutu z pkt 2.}

Moduł zaoferowany przez Wykonawcę w ofercie to Phono Solar PS315M-20U, natomiast w złożonych na wezwanie Zamawiającego kartach katalogowych i certyfikatach widnieje inne oznaczenie modelu: PS315M-20/LT.

Zamawiający zaniechał zbadania tej rozbieżności, pomimo że z obecnego stanu rzeczy nie wynika, że dokumenty złożone przez Solartime dotyczą zaoferowanych przez niego urządzeń. Oznacza to, że oferta Solartime powinna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

{ad zarzutu z pkt 3.}

Zgodnie z pkt 8.7.3. „Falownik sieciowy” załącznika nr 1 do SIWZ pn. „Dokumentacja techniczna 1-fazowa 1 połącz” zakres napięcia AC powinien wynosić 180-280 V.

W dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wskazano zakresu napięcia AC.

Odwołujący zarzucił, że nie sposób stwierdzić, czy Solartime zaoferował urządzenia, które spełniają wymogi określone przez Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Solartime, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie z 15 lutego 2021 r. Przystępujący w szczególności następująco odniósł się do poszczególnych zarzutów.

{ad zarzutów z pkt 1.}

Z pisma Przystępującego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

{ad zarzutu 1)}

Wyjaśnienia treści SIWZ z 23 października 2020 r. udzielone w związku z pytaniem nr 40 dotyczyły wyłącznie sytuacji rozmieszczenia paneli na dwóch połaciach dachu o różnych azymutach i kątach nachylenia i są podłączone do dwóch stringów (po 5 modułów), co wymaga dwóch podłączeń MPPT.

Wyjaśnienia treści SIWZ z 9 listopada 2020 r. udzielone przez Zamawiającego w związku z pytaniem nr 7.

[Pytanie nr 7]

Proszę o informację, ile będzie instalacji PV wg poniższych układów:

- *8 modułów PV – instalacja 1 fazowa – jeden string (czy wymagany jest falownik o dwóch MPPT, skoro do drugiego MPPT nie będzie podłączony żaden moduł PV?)*
- *12 modułów PV – instalacja 1 fazowa – dwa stringi po 6 modułów PV*
- *8 modułów PV – instalacja 3 fazowa – jeden string (czy wymagany jest falownik o dwóch MPPT, skoro do drugiego MPPT nie będzie podłączony żaden moduł PV?)*
- *12 modułów PV – instalacja 3 fazowa – dwa stringi po 6 modułów PV*

Czy istnieje możliwość przypisania poszczególnych w/w układów do zestawienia lokalizacji ujętych w dokumencie: WYJAŚNIENIE I ZMIANA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (nr 1).

[Odpowiedź]

Projekt przewiduje montaż paneli fotowoltaicznych zarówno przy instalacjach jednofazowych jak i trójfazowych na jednej lub dwóch połaciach w zależności od rodzaju danego dachu na budynku. Jeżeli panele zmieszczą się na jednej połaci dachu o tym samym kącie nachylenia to projektowana jest instalacja 1-stringowa /10 modułów/ oraz inwerter z jednym MPPT. Jeżeli panele są rozmieszczone na dwóch połaciach dachowych o różnych azymutach i kątach nachylenia to panele podłączane są do 2 stringów /po 5 modułów/ i inwertery winny posiadać 2 MPPT.

Odpowiednio do powyższych wyjaśnień treści SIWZ została skonstruowana tabela wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 3 do SIWZ) pn. „Instalacje montowane

na dachach budynków mieszkalnych osób fizycznych”, gdzie:

- lp. 1 dotyczy zestawów o mocy min. 3,1 kWp (instalacja jednofazowa i jedna połącz);
- lp. 2 dotyczy zestawów o mocy min. 3,1 kWp (instalacja jednofazowa i dwie połączenia).

W lp. 1 tabeli Solartime zaoferował Afore HNS3000TL-1, czyli falownik przeznaczony do instalacji jednofazowej na jednej połącz dachu, który posiada jedno wejście MPPT.

{ad zarzutu 2}

Falowniki Afore o oznaczeniu modelu HNS3000TL-1 są dostępne w trzech wersjach różniących się obsługiwany maksymalnym napięciem wejściowym (500, 550 albo 600 V).

Nazewnictwo poszczególnych modeli falowników marki Afore wskazuje jedynie:

- jednofazowość (seria „HNS”) albo trójfazowość (seria „BNT”),
- moc znamionową AC („3000” oznacza moc 3000 W itd.).

Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym wyłącznie producenta i modelu inwertera, natomiast nie wymagał i nie przewidział miejsca na podanie jakichkolwiek parametrów oferowanych inwerterów.

Solartime po złożeniu oferty, w wyniku pomyłki Afore Polska sp. z o.o., oficjalnego dystrybutora marki Afore na terenie Polski, otrzymał niewłaściwą kartę katalogową dotyczącą wersji falownika obsługującej maksymalnie napięcie wejściowe 500 V, którą następnie złożył Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp.

{ad zarzutu 3}

Złożona przez Solartime karta katalogowa nie zawiera żadnych informacji o minimalnym napięciu wejściowym dla falownika Afore BNT003KTL, gdyż zarówno zakres napięcia MPPT, jaki i napięcie startowe stanowią odrębne parametry.

Minimalne napięcie wejściowe to minimalna wartość napięcia wejściowego, przy którym falownik może pracować i przetwarzać prąd stały na przemienny. Jeżeli napięcie z modułów fotowoltaicznych spadnie poniżej minimalnego napięcia wejściowego, falownik przestanie pracować, a nawet wyłączy się, gdyż jest wzbudzany przez prąd stały (DC) płynący z modułów fotowoltaicznych. Dlatego też część producentów falowników minimalne napięcie wejściowe określa jako napięcie wyłączania, gdyż poniżej tego napięcia falownik wyłącza się.

Z kolei napięcie startowe (wg terminologii SIWZ „początkowe napięcie wejściowe”) oznacza minimalne wymagane napięcie dostarczane przez panele fotowoltaiczne, które spowoduje uruchomienie się falownika.

Wreszcie zakres napięcia MPPT oznacza napięcie minimalne oraz maksymalne, które może zostać przyłączone do jednego wejścia MPPT, aby falownik mógł pracować prawidłowo.

Zakres napięcia MPPT (jego dolna granica) nie zawsze jest tożsamy z wartością

minimalnego napięcia wejściowego. Tak właśnie jest w przypadku inwertera Afore BNT003KTL, dla którego minimalne napięcie wejściowe (inaczej napięcie wyłączenia) wynosi 145 V, czyli spełnia wymóg SIWZ, zgodnie z którym minimalne napięcie wejściowe ma być mniejsze niż 150 V.

W przypadku falowników o wyższej mocy (jak Afore BNT003KTL) parametr napięcia startowego (początkowego napięcia wejściowego) powinien mieć większą wartość od parametru minimalnego napięcia wejściowego, z którym może pracować falownik. Wynika to zasady działania instalacji fotowoltaicznych. Falownik podczas codziennego załączania do pracy mierzy poziom napięcia (falownik nie przetwarza wtedy jeszcze energii). Wówczas napięcie z generatora (czyli połąci modułów fotowoltaicznych) jest sumą napięć jałowych poszczególnych modułów fotowoltaicznych. Jeżeli napięcie z generatora przekroczy poziom napięcia startowego, wówczas falownik rozpoczyna pracę (moduł MPPT w falowniku zaczyna wyszukiwać punkt mocy maksymalnej). Następnie napięcie na generatorze spada (wskutek obciążenia wywołanego rozpoczęciem pracy przez falownik) do poziomu napięcia będącego sumą napięć znamionowych (napięć pracy, napięć maksymalnych) modułów połączonych w jeden łańcuch. Napięcie to musi być wyższe niż minimalne napięcie wejściowe, gdyż w przeciwnym razie falownik nie podejmie pracy i cała sekwencja będzie powtarzana aż do skutku. Dlatego też w przypadku inwertera More BNT003KTL minimalne napięcie wejściowe wynosi 145 V, a napięcie startowe (początkowe napięcie wejściowe) wynosi 150V.

W tych okolicznościach Przystępujący wywiódł, co następuje.

{ad zarzutu 1}}

Solartime postąpił adekwatnie do treści formularza ofertowego i udzielonych wyjaśnień. Skoro Zamawiający w lp. 1 ww. tabeli wskazał, że wiersz ten dotyczy zestawów, w których panele mieszczą się na jednej połąci dachu, oczywiste jest, że wymagał tutaj zaoferowana inwertera z jednym MPPT.

Na marginesie Przystępujący zauważył, że zaoferowanie w przypadku instalacji 1-stringowej z panelami na jednej połąci dachu inwertera z dwoma MPPT byłoby pozbawione sensu i po prostu zbędne, a także niepotrzebnie podniosłoby koszty realizacji zamówienia.

{ad zarzutu 2) i 3}}

Według Przystępującego domaganie się odrzucenia jego oferty Przystępującego w powyższych okolicznościach jest nieuprawione.

Zgodnie z pkt 8.7.3. lit. g) SIWZ karta techniczna to tzw. dokument przedmiotowy, czyli żądany w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie

natomiast z art. 26 ust. 3 pzp dokumenty przedmiotowe podlegają uzupełnieniu, a zamawiający może odstąpić od wezwania do ich uzupełnienia tylko i wyłącznie wtedy, jeśli mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jednocześnie Przystępujący podniósł, że skoro odwołanie nie zawiera ani zarzutu zaniechania wezwania Solartime'u do uzupełnienia złożonej karty katalogowej, ani żadnej argumentacji co do braku możliwości takiego uzupełnienia, należy je oddalić.

{ad zarzutu z pkt 2.}

Z pisma Przystępującego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W formularzu ofertowym zamiast wpisać „PS315M-20/U” omyłkowo wpisał „PS315M-20U” (brak znaku „/”).

Phono Solar produkuje i ma w swojej ofercie moduł oznaczony jako Phono Solar PS315M-20/U. W praktyce obrotu zdarza się, że ww. moduł występuje pod przekręconym oznaczeniem modelu, np. PS315M/20U czy PS315M-20U, przy czym zawsze chodzi o ten sam produkt.

Przystępujący stwierdził, że popełnił oczywistą omyłkę pisarską, która jak najbardziej nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 pzp. Kontekst i całość oferty jednoznacznie wskazują bowiem, że zaoferował moduły fotowoltaiczne PS315M20/U, dla których w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił stosowne dokumenty. Nie ma zatem mowy o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty Solartime'u z treścią SIWZ.

{ad zarzutu z pkt 3.}

Z pisma Przystępującego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W piśmie z 9 listopada 2020 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

[pytanie nr 12]

Z uwagi na fakt, że zamawiający na wszystkie pytania wykonawcy, odnośnie parametrów falowników odpowiedział, że podtrzymuje zapisy SIWZ bez zmian, a z wiedzy wykonawcy wynika, że nie ma na rynku falowników, które spełniają wszystkie parametry, wykonawca ponownie wzywa do zmiany zakresu parametrów falowników. W przeciwnym wypadku informujemy ze wobec braku zachowania konkurencyjności, powiadomimy instytucje dofinansowujące oraz prezesa zamówień publicznych o konieczności przeprowadzenia kontroli prowadzonego postępowania. Przypominamy ze zamówienie prowadzone jest

w trybie przetargu publicznego w oparciu o ustawę PZP, tym samym zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Jeżeli zamawiający nie dokona zmian wymienionych poniżej, wykonawca dokona skrupulatnej kontroli złożonych ofert celem sprawdzenia czy spełniają one w 100%, NIEMOŻLIWE DO SPEŁNIENIA wymagania określone w załączniku nr 1 do SIWZ. Jeżeli jednak zamawiający stoi na stanowisku, że zachował konkurencyjność prosimy o potwierdzenie, że zamawiający jest w posiadaniu kart katalogowych co najmniej 3 producentów, które spełniają wymagania projektu.

Wzywamy do zmiany następujących parametrów:

- falowników jednofazowych: maksymalna moc generatora fotowoltaicznego – 4200Wp, maksymalne napięcie wejściowe – 500V, maksymalny prąd wyjściowy – 13,6A, zakres napięcia AC – 190-270V; falowników trójfazowych: maksymalna moc generatora fotowoltaicznego – 4500Wp, początkowe napięcie wejściowe $\leq 200V$.

[odpowiedź]

Zamawiający dopuszcza następujące parametry:

1) Falowniki 3kW jednofazowe:

- moc maksymalna generatora DC w przedziale: 4000 - 6000Wp,
- maksymalne napięcie wejściowe: 600V,
- prąd wyjściowy minimalny: 13A,

2) Falowniki 3kW trójfazowe:

- moc maksymalna generatora DC w przedziale: 4300 - 6000Wp,

3) Napięcie wyjściowe AC zgodnie z kodeksami NC-FRG operatora sieciowego.

W związku z wejściem w życie 27 kwietnia 2019 r. przepisów rozporządzenia Komisji (UE) 2016/631 z dnia 14 kwietnia 2016 r. ustanawiającego kodeks sieci dotyczący wymogów w zakresie przyłączenia jednostek wytwórczych do sieci (tzw. kodeks sieci NC-RFG) każdy operator systemu dystrybucyjnego musiał przygotować i zacząć stosować dokumenty i procedury, które regulują obligatoryjne zasady przyłączania jednostek wytwórczych (w tym instalacji fotowoltaicznych) do sieci przesyłowej.

Przystępujący stwierdził, że zarzut odwołania jest bezzasadny, gdyż pomija powyższe wyjaśnienia, po których udzieleniu dopuszczalne było, aby oferowany falownik albo miał zakres napięcia wyjściowego AC od 180 V do 280 V, albo miał napięcie wyjściowe AC zgodne z kodeksami NC-RFG operatora sieciowego.

Zamawiający nie uznał zasadności żadnego z zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, ustosunkowując się do zarzutów w sposób analogiczny, jak uczynił to Przystępujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Solartime uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z pkt 2. rozdziału 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} zakres przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności: 1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 119 zestawów instalacji i fotowoltaicznych, każdy o mocy min. 3,1 kWp, montowanych na dachach budynków mieszkalnych osób fizycznych, 2) montaż konstrukcji nośnej na dachu, 3) montaż paneli fotowoltaicznych na dachu, 4) uziemienie systemu

fotowoltaicznego, 5) montaż falownika i zabezpieczeń strony DC i AC, 6) połączenie modułów z falownikiem, 7) podłączenie instalacji do licznika energii elektrycznej, 8) sprawdzenie pracy układu, 9) wykonanie pomiarów na instalacji, 10) przeszkolenie wszystkich użytkowników z zasad obsługi, użytkowania, konserwacji i bezpieczeństwa związanych z użytkowaniem zainstalowanej instalacji PV, 11) opracowanie szczegółowych instrukcji obsługi i ich przekazaniem użytkownikom, 12) podłączenie instalacji do sieci elektroenergetycznej wraz ze zgłoszeniem przyłączenia instalacji do sieci dystrybucyjnej PGE Dystrybucja S.A. na podstawie wytycznych dostępnych na stronie zakładu.

W pkt 4.3. tego rozdziału co do szczegółowego zakres prac (opisu przedmiotu zamówienia odesłano do załącznika nr 1 do s.i.w.z., który składa się z dokumentacji technicznych poszczególnych instalacji fotowoltaicznych, oraz projektu umowy stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z.

Dokumentacja techniczna występuje w czterech wariantach z uwagi na dwa uwarunkowania, pierwsze dotyczy tego, czy dany budynek ma instalację elektryczną 1-fazową czy 3-fazową, drugie jest związane z tym, czy dach danego budynku umożliwia zainstalowanie projektowanej instalacji fotowoltaicznej na jednej połaci czy też konieczne jest wykorzystanie dwóch połaci. Przy czym w treści tej dokumentacji wprost opisano, jaka instalacja jest przewidziana z uwagi na te uwarunkowania dla budynku pod danym adresem (w pkt 4.1. „Stan istniejący”, gdzie w szczególności zamieszczono tabelę, w której wskazano połać lub połacie budynku przeznaczone do montażu paneli, rodzaj pokrycia dachu oraz azymut i kąt pochylecia tych połaci).

Z ustaleniami zawartymi w poszczególnych dokumentacjach technicznych została skorelowana zamieszczona we wzorze formularza oferty (załącznik nr 3 do s.i.w.z.) tabela pn. „Instalacje montowane na dachach budynków osób fizycznych”, gdzie określono, że instalacji: jednofazowych do zamontowania na jednej połaci jest 9 (lp. 1), jednofazowych do zamontowania na dwóch połaciach jest 7 (lp. 2), trójfazowych do zamontowania na jednej połaci jest 80 (lp. 3), trójfazowych do zamontowania na dwóch połaciach jest 23 (lp. 4).

We wspomnianej tabeli przewidziano również kolumnę przeznaczoną na wpisanie producenta i modelu zarówno modułu, jak i inwertera oferowanych dla danego wariantu instalacji, przy czym nigdzie w s.i.w.z. nie zdefiniowano, co dokładnie należy rozumieć jako „model”, w szczególności na ile oznaczenie to ma indywidualizować przedmiot oferty.

W pkt 8.7.3. rozdziału 8 s.i.w.z. Zamawiający zażądał w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy określonych przez niego wymagań: a) certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów zgodności modułów z normą IEC 61215 (lub równoważną) oraz IEC 61730 (lub równoważną), b) certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów odporności modułów na mgłę solną zgodnie z normą IEC 61701

(lub równoważną), c) certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów odporności modułów na amoniak zgodnie z normą IEC 62716 (lub równoważną), d) certyfikatu stwierdzającego pozytywny wynik testów wytrzymałości modułów na nacisk 6000 Pa, e) certyfikat stwierdzającego pozytywny wynik testów wytrzymałości modułów na ssanie wiatru 5400 Pa {na zasadzie art. 30b ust. 1-4 ustawy pzp}, f) karty technicznej modułu fotowoltaicznego obejmującej informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku nr 1 do s.i.w.z. w pkt 4.3.1. „Moduły fotowoltaiczne” i pkt 4.3.2. „Optimizer mocy”, g) karty technicznej inwertera obejmującej informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku nr 1 do s.i.w.z. w pkt 4.3.3. „Falownik sieciowy”.

Z pkt 8.4. tego rozdziału s.i.w.z. wynika, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, m.in. do złożenia powyższych dokumentów.

W pkt 11.12. rozdziału 11 s.i.w.z. Zamawiający wprowadził regułę kolizyjną, zgodnie z którą w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a treścią udzielonych odpowiedzi jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.

Niesporne było, że:

- w tabelach nr 4 z pkt 4.3.3. „Falownik sieciowy” dokumentacji projektowych dla instalacji, zarówno 1-fazowych, jak i 3-fazowych, przewidujących montaż modułów PV na 1 połaci dachu, w ramach charakterystyki elektrycznej opisano, że inwerter ma dysponować co najmniej dwoma wejściami MPPT;
- Solartime zaoferował w lp. 1 tabeli formularza ofertowego inwerter Afore HNS3000TL-1, który ma jedno wejście MPPT.

Z adekwatnie przytoczonych {patrz powyżej} przez Przystępującego wyjaśnień treści s.i.w.z. z 9 listopada 2020 r., udzielonych przez Zamawiającego w związku z pytaniem nr 7, jednoznacznie wynika, że w lokalizacjach, dla których w dokumentacji projektowej przewidziano montaż paneli PV na jednej połaci dachu, przewiduje się zastosowanie inwertera z jednym MPPT, gdyż będzie to instalacja PV 1-stringowa.

Z kolei z przytoczonych {patrz powyżej} przez Odwołującego wcześniejszych wyjaśnień treści s.i.w.z. z 23 października 2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 40 wprost wynika, że dotyczyły one podtrzymania wymagania dwóch wejść MPPT dla instalacji w lokalizacjach, dla których przewidziano montaż paneli PV na dwóch połaciach dachu.

Reasumując, w zakresie zarzutu z pkt 1.1) ustalono, że w drodze udzielonych później wyjaśnień treści s.i.w.z. Zamawiający w przypadku instalacji PV, w których panele PV przewidziano do zainstalowania na 1 połaci, czyli instalacji w wariantach z lp. 1 i 3 tabeli

formularza ofertowego, odstąpił od wymagania dwóch wejść MPPT.

Niesporne było również, że karty katalogowe złożone przez Solartime na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp:

- dla falownika wskazanego uprzednio w lp. 1 tabeli formularza oferty jako Afore HNS300TL-1 maksymalnego napięcia 600 V, gdyż wg tej karty wynosi ono 500 V;
- dla falownika wskazanego uprzednio w lp. 3 i 4 tabeli formularza oferty jako Afore BNT003KTL nie potwierdziła, że minimalne napięcie wejściowe jest niższe niż 150 V, gdyż w tej karcie takiego parametru w ogóle nie wyszczególniono.

Niesporne było również, że w powyższym zakresie Zamawiający nie wzywał Solartime'u do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Co istotne – w odniesieniu do zarzutów 1.2) i 1.3) – odwołanie nie zawiera zarzutu zaniechania wezwania Solartime'u do uzupełnienia złożonej karty katalogowej w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Przed wszystkim zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z niespełnieniem parametru maksymalnego napięcia, czyli zarzut 1.2), sprowadza się do wskazania rozbieżności pomiędzy parametrem wymaganym a wynikającym ze złożonej karty katalogowej. Natomiast w ramach tego zarzutu nie sprecyzowano, czy i dlaczego karta katalogowa, czyli dokument zażądany na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, miałyby zostać utożsamiona z treścią oferty i w związku z tym nie podlegać uzupełnieniu w trybie przewidzianym co do zasady dla tego typu dokumentów. Podniesienie takich twierdzeń dopiero w reakcji na stanowisko Przystępującego stanowi rozszerzenie zarzutów zawartych w odwołaniu po upływie terminu na jego wniesienie.

Już z tego względu za nic nie wnoszącą do sprawy należało uznać złożoną na rozprawie przez Odwołującego instrukcję obsługi dla falowników sieciowych Afore, gdyż w oczywisty sposób wnioskowany dowód wykracza ponad zakres zarzutu zawartego w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego Przystępujący załączył do swojego pisma kartę katalogową dla falownika Afore HNS300TL-1, w której określono parametr maksymalnego napięcia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, co dowodzi, że możliwe jest w trybie art. 26 ust. 3 pzp usunięcie błędu, który w zakresie tego parametru zawiera karta katalogowa złożona na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp.

Zaznaczyć należy, że kwestia, czy pod danym oznaczeniem modelu mogą kryć się urządzenia różniące się nieznacznie w zakresie jednego z wielu parametrów nie jest ani co do zasady, ani co do produktów marki Afore przedmiotem powszechnej wiedzy, czyli nie stanowi okoliczności notoryjnej. W sytuacji braku zajęcia w tej kwestii stanowiska w odwołaniu, Izba nie miała podstaw, aby uznać za niewiarygodne twierdzenia

Przystępującego, poparte oświadczeniem Afore Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach {dalej: „Afore Polska”}, że model falownika Afore HNS3000TL-1 występuje w trzech wersjach różniących się wartością parametru napięcia wejściowego, zwłaszcza wobec załączenia dodatkowo potwierdzających ten fakt kart katalogowych.

Z kolei zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp dotyczący niespełniania parametru minimalnego napięcia, czyli zarzut 1.3), sprowadza się skonstatowania braku potwierdzenia jego spełniania w złożonej karcie katalogowej. Natomiast w ramach tego zarzutu brak jednoznacznej konkluzji, czy i dlaczego karta katalogowa, czyli dokument zażądany na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, miałyby w tym przypadku nie podlegać uzupełnieniu w trybie przewidzianym co do zasady dla tego typu dokumentów. Podniesienie takich twierdzeń dopiero w reakcji na stanowisko Przystępującego stanowi rozszerzenie zarzutów zawartych w odwołaniu po upływie terminu na jego wniesienie.

Niezależnie od powyższego Przystępujący załączył do swojego pisma kartę katalogową dla falownika Afore BNT003KTL rozszerzonej o parametr napięcia wyłączenia wynoszącego 145 V, z załączeniem pisma Afore Polska, w którym wyjaśniono, że jest to inny sposób nazwania parametru minimalnego napięcia wejściowego. Skoro parametr ten został potwierdzony na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, możliwe jest w trybie art. 26 ust. 3 pzp usunięcie braku, który w tym zakresie zawiera karta katalogowa złożona na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp.

Izba stwierdziła, że zarzut z pkt 2. sprowadza się do wywiedzenia z rozbieżności pomiędzy oznaczeniem modelu modułu PV wskazanym w formularzu ofertowym a wynikającym z następnie złożonych dokumentów, o których mowa w pkt 8.7.3. rozdziału 8 s.i.w.z, która sprowadza się do użycia odmiennego znaku oddzielającego dwa ciągi literowo-liczbowe (w ofercie „-”, w późniejszych dokumentach „/”), wątpliwości, czy chodzi o to samo urządzenie, a następnie wyprowadzenia wniosku, że oznacza to niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z.

Odwołujący, który z tak opisanych okoliczności, nie próbując nawet odpowiedzieć na pytanie, czy zachodzi jakaś różnica znaczeniowa pomiędzy tymi znakami, postawił tak daleko idący zarzut, nie sprostał ciężarowi wykazania, że tak nieznacznie różniące się oznaczenia odnoszą się do dwóch różnych modeli modułów fotowoltaicznych. Wobec tego już z tego powodu należało uznać, że jest to oczywiście nieistotna różnica w oznaczeniu.

Niezależnie od powyższego Natomiast Zamawiający przedstawił oświadczenie producenta (Phono Solar Technology Co., Ltd. z siedzibą w Nankinie w Chinach), że zarówno oznaczenie PS315M/20U, jak i oznaczenie PS315-20U odnoszą się do tego samego modelu modułu PV, przy czym to drugie jest najbardziej poprawne.

Niesporne było, że w tabelach nr 4 z pkt 4.3.3. „Falownik sieciowy” dokumentacji

projektowych dla instalacji, zarówno 1-fazowych, jak i 3-fazowych, zarówno przewidujących montaż modułów PV na jednej połąci, jak i dwóch połączeniach dachu, w ramach charakterystyki elektrycznej określono na 180-280 V zakres obsługiwanej napięcia AC.

Z adekwatnie przytoczonych {patrz powyżej} zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego wyjaśnień treści s.i.w.z. z 9 listopada 2020 r., udzielonych przez Zamawiającego w związku z pytaniem nr 12, jednoznacznie wynika, że w odpowiedzi na pytanie, które stanowiło w istocie wnioski o złagodzenie wymaganych dla falowników parametrów, w tym przypadku o zmianę zakresu napięcia AC na 190-270V, Zamawiający zdecydował się ostatecznie na określenie tego parametru jako napięcia wyjściowego AC zgodnego z kodeksami NC-RFG operatora sieciowego.

Z kolei niesporne było, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp Solartime złożył deklarację zgodności z 24 kwietnia 2029 r. dla wszystkich modeli oferowanych falowników, w której ich producent (Afore New Energy Technology Co., Ltd. z siedzibą w Szanghaju w Chinach) oświadczył, że produkty te odpowiadają m.in. dyrektywie 2016/631 NC RfG (kodeksowi sieci dotyczącemu wymogów w zakresie przyłączenia jednostek wytwórczych do sieci.

Izba nie mogła wziąć pod uwagę w ramach stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, o którym mowa w art. 552 ust. 1 npzp, złożonych na rozprawie przez Przystępującego kart katalogowych, które miałyby zostać złożone Zamawiającemu, gdyby wystosował do Solartime'u wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż Zamawiający zaniechał takiej czynności. W konsekwencji nie sposób również antycypować, jak te dokumenty zostałyby ocenione przez Zamawiającego, który do tego celu powołał komisję przetargową. Przede wszystkim posiedzenie i rozprawa przed Izbą w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą nie są fazą postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.

Na marginesie należy zauważyć, że dokument nazywany „kartą katalogową” nie ma prawnie zdefiniowanego znaczenia, natomiast zwykle rozumie się przez to zbiór informacji pochodzących od producenta lub innego podmiotu wprowadzającego do obrotu na temat parametrów technicznych lub innych właściwości produktu. Stąd w zakresie, w jakim karta nie obejmuje informacji dotyczących parametrów lub cech wymaganych w tym postępowaniu, za dopuszczalne należałoby uznać oświadczenie uzupełniające złożone przez któryś z tych podmiotów, zwłaszcza w sytuacji, gdy przedmiot oferty obejmuje produkt nieznacznie zmodyfikowany na potrzeby danego zamówienia.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzuty odwołania są niezasadne.

Dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego znaczenie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), gdyż na jej podstawie zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane

świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych

materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawiać się może zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Innymi słowy niezłożenie dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Z art. 26 ust. 3 pzp wynika bowiem, że jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp (czyli również dokumentów, o których mowa pkt 2, o które chodzi w tej sprawie) lub są one 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.

Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest bezzasadny, gdyż dla większości zarzutów bezprzedmiotowy (nie istnieje niezgodność objęta zarzutami). Natomiast w odniesieniu do zarzutów z pkt 1.2) i 1.3) zarzut naruszenia tego przepisu jest przedwczesny, gdyż Solartime'owi przysługuje z mocy art. 26 ust. 3 pzp możliwość uzupełnienia podnoszonych w odwołaniu braków złożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp kart katalogowych. Jednocześnie ponieważ odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia tego ostatniego przepisu, podlega w całości oddaleniu jako bezzasadne. O ile Izba nie jest bowiem związana żądaniami odwołania, o tyle jest związana zarzutami odwołania. W tym przypadku odwołanie nie zawiera alternatywnego w stosunku do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp.

Jak już powyżej zaznaczono, z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.)

Z jednej strony według art. 534 ust. 1 npzp strony i uczestnicy postępowania

odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym zgodnie z art. 535 npzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Powyższa regulacja wprowadzająca klasyczny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego musi być odczytywana w powiązaniu z art. 555 npzp {poprzednio identyczną regulację zawierał art. 192 ust. 7 pzp}. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę jako wykraczających poza kognicję Izby. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że oferta jest niezgodna z treścią s.i.w.z., gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania tak, a nie inaczej opisano okoliczności faktyczne, które zdaniem Odwołującego miały świadczyć o tym, że Zamawiający powinien stwierdzić niezgodność treści oferty

Solartime'u z treścią s.i.w.z. W konsekwencji Izba nie była uprawniona do rozpatrywania rozszerzenia tych zarzutów o nowe okoliczności, na które wskazano dopiero w piśmie procesowym Odwołującego, również z tego względu, że ich podniesienie nastąpiło z przekroczeniem zawitego terminu na wniesienie odwołania.

Reasumując, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez niego wpis.