

Sygn. akt: KIO 2945/20
KIO 2947/20

WYROK
z dnia 27 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2020 r. przez:

A.wykonawcę **ML SYSTEM S.Az** siedzibą w Zaczerniu pod numerem 190G (36-032 Zaczernie) – sygn. akt KIO 2945/20;

B.wykonawcę **Solartime Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Załęskiej 106B (35-322 Rzeszów) – sygn. akt KIO 2947/20

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Harasiuki** z siedzibą w Harasiukach przy ul. Długiej 11 (37-413 Harasiuki), przy udziale:

A.wykonawcy **Solartime Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Załęskiej 106B (35-322 Rzeszów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2945/20;

B.wykonawcy **ML SYSTEM S.Az** siedzibą w Zaczerniu pod numerem 190G (36-032 Zaczernie), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2947/20;

C.wykonawcy **DAJK M. K. Sp. z o.o.** z siedzibą w Lublinie przy ul. Chemicznej 8G (20-329 Lublin), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2945/20 i KIO 2947/20;

orzeka:

- 1.Oddala oba odwołania;
- 2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ML SYSTEM S.Az** siedzibą w Zaczerniu oraz wykonawcę **Solartime Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie i:
 - 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - A.kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ML SYSTEM S.A** z siedzibą w Zaczerniu tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2945/20;
 - B.kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Solartime Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2947/20;
 - 2.2.zasądza od ww. wykonawców kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego – **Gminy Harasiuki** z siedzibą w Harasiukach stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A.zasądza od wykonawcy **ML SYSTEM S.Az** siedzibą w Zaczerniu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego – **Gminy Harasiuki** z siedzibą w Harasiukach stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2945/20;
 - B.zasądza od wykonawcy **Solartime Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego – **Gminy Harasiuki** z siedzibą w Harasiukach stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2947/20.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2945/20
KIO 2947/20

Uzasadnienie

Gmina Harasiuki zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz instalacji kolektorów słonecznych na terenie gminy Harasiuki, która jest realizowana w ramach projektu „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki”* – znak sprawy: RRG.III.271.5.2020, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lipca 2020 r., pod numerem 2020/S 130-318764.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 12 listopada 2020 r. wykonawca ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności:

- polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę DAJKM. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwanego dalej: „DAJK”) oraz na przeprowadzeniu z ww. wykonawcą niedopuszczalnej w toku postępowania negocjacji treści oferty w zakresie zaoferowania innego modułu niż tego określonego w pierwotnie złożonej ofercie, skutkujących doprowadzeniem do zmiany treści oferty, a w konsekwencji;
- polegającej na wyborze ww. oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, iż podlegała ona odrzuceniu.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

1. Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (względnie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp) przez wybór oferty złożonej przez DAJK, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej: „SIWZ”);
2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzućenie oferty DAJK, pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
3. Naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez przeprowadzenie z ww. wykonawcą niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, co doprowadziło do jej zmiany w zakresie zaoferowania innego modułu niż pierwotnie wskazany;

względnie:

4. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przez nieodrzućenie oferty DAJK, pomimo, iż jej treść jest niezgodna z ustawą, gdyż nie wskazuje nazwy konkretnego produktu w stopniu pozwalającym na jego jednoznaczną identyfikację. Literalnie treść oferty sugeruje, iż zaoferowano moduł SINOSOLA SA 310-60M, jednak przeprowadzone po otwarciu ofert negocjacje wskazują, iż ww. nazwa odnosi się tylko do mocy i ilości paneli oferowanego modułu, a jego pozostałe parametry, inne niż parametry dostępnego na rynku produktu o tej samej nazwie, wynikają z karty katalogowej przedłożonej po terminie składania ofert.

Biorąc pod uwagę ww. zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze w dniu 2 listopada 2020 r. oferty DAJK, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty DAJK, jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego, według norm prawem przepisanych.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku uwzględnienia wyżej stawianych zarzutów, oferta DAJK zostanie odrzućona, zaś jego oferta zostanie poddana dalszej ocenie, zgodnie z przedstawionym w treści SIWZ kryterium oceny ofert, w wyniku której dojść może – w ocenie odwołującego w stopniu graniczącym z pewnością – do zawarcia umowy objętej przedmiotowym postępowaniem, gdyż oferta odwołującego uplasowała się na drugim miejscu wg wartości punktowej obliczonej przez zamawiającego. Jak wyjaśnił odwołujący jego oferta otrzymała 94,6 pkt, czyli więcej niż oferta drugiego z oferentów – Solartime Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie, który uplasował się na trzeciej pozycji z 93,59 pkt. Pozostali wykonawcy, jak wynika z treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zostali wykluczeni z prowadzonego postępowania. Powyższe w sposób bezsporny w ocenie odwołującego dowodzi interesu i w myśl art. 179 ust. 1 Pzp legitymuje do wniesienia odwołania.

Dokonując opisu stanu faktycznego sprawy odwołujący wskazał, że w postępowaniu wykonawca DAJK złożył ofertę, oznaczoną numerem 1, na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem prac zamieszczonym w SIWZ, za kwotę 10 289 484,00 zł brutto. Spółka ta zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia – w zakresie instalacji fotowoltaicznych montowanych na budynkach lub gruntach u osób fizycznych, przy wykorzystaniu modułu firmy SINOSOLA o nazwie SA 310-60 M. Informacja ta podana została w Tabeli nr 1, na drugiej stronie złożonej oferty (rubryka – producent i model modułu oraz inwertera). Wykonawca wraz z ofertą nie przedłożył karty katalogowej produktu, gdyż nie było to wymagane treścią SIWZ.

W dniu 23 września 2020 r., zamawiający na zasadzie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę DAJK do przedłożenia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych wymienionych w pkt. 8.7 SIWZ, w tym m.in. karty katalogowej modułu fotowoltaicznego i inwertera, zawierającej informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku nr 1.1. do SIWZ. Zamawiający oczekiwał, że oferowane moduły będą spełniać kryteria zawarte w ww. załączniku, dlatego wymagał, by na wezwanie (w ramach procedury odwróconej) przedłożył kartę katalogową, potwierdzającą spełnianie ww. parametrów. Zgodnie z pkt. 8.7.3 (podpunkt a), karty katalogowe miały jedynie *potwierdzać*, że *oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego*. Zamawiający nie wymagał przedłożenia kart katalogowych wraz z ofertą, a zatem nie stanowiły one elementu oferty. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca DAJK przedłożył dokumenty wymagane pkt. 8.7 SIWZ, w tym kartę katalogową (załącznik nr 5 do odwołania) oraz, z własnej inicjatywy, oświadczenie dystrybutora modułów fotowoltaicznych, potwierdzające, że oferowany model modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M spełnia wymagania SIWZ (załącznik nr 6 do odwołania). Pomimo zapewnień ze strony dystrybutora o zgodności oferowanego modułu z wymogami SIWZ, w toku badania i oceny ofert zamawiający powziął wątpliwość co do rodzaju oferowanego urządzenia. Z uwagi na powyższe, pismem z dnia 13 października 2020 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do ww. wykonawcy m.in. z prośbą o wyjaśnienie rozbieżności w parametrach prądowo napięciowych pomiędzy przesłaną kartą techniczną produktu SINOSOLA SA310-60M, a kartami technicznymi produktu oznaczonego tą samą nazwą modelu zamieszczonymi na stronach polskiego dystrybutora i chińskiego producenta oraz na certyfikacie. Treścią ww. pisma zamawiający wezwał także wykonawcę do przedłożenia brakującego certyfikatu dla modułu – wykonawca dołączył bowiem uprzednio jedynie jego tłumaczenie. Z treści ww. wezwania wynikało, iż zamawiający zauważył rozbieżności pomiędzy treścią otrzymanej od wykonawcy karty katalogowej a informacjami dotyczącymi oferowanego produktu, jakie można znaleźć na oficjalnych stronach producentów i dystrybutorów. W treści ww. wezwania zamawiający podkreślił, iż w karcie katalogowej modułu przesłanej przez wykonawcę DAJK, maksymalne napięcie wynosi 1000 V (co jest zgodne z zapisami dokumentacji technicznej), jednak w kartach katalogowych dostępnych na stronie polskiego dystrybutora parametry prądowo napięciowe modułu są inne niż w karcie przesłanej przez Wykonawcę: [content/uploads/2020/09/Monokrystaliczne.pdf](#) i nie spełniają parametrów dokumentacji technicznej. Zamawiający wskazał także, że na stronach samego producenta chińskiego: znajduje się również karta katalogowa tego modułu, która potwierdza inne (takie same jak na stronach polskiego dystrybutora) parametry niż w przesłanej karcie przez wykonawcę. Zarówno karcie katalogowej dostępnej na stronie

polskiego dystrybutora i producenta chińskiego maksymalne napięcie wynosi 1500 V (co jest niezgodne z dokumentacją techniczną). Co więcej w „tłumaczeniu” certyfikatu DEKRA złożonym przez wykonawcę, również widnieje zapis 1500 V. W związku z powyższym, zamawiający wezwał wykonawcę DAJK do precyzyjnego i wyczerpującego wyjaśnienia powyższych rozbieżności i potwierdzenia (np. przez jednoznaczne oświadczenie producenta) w sposób jednoznaczny jaka jest wielkość tego parametru. Zamawiający wskazał także na konieczność wyjaśnienia powodów oferowania produktu o tej samej nazwie (użytej w karcie złożonej w postępowaniu oraz na stronach producenta) z innymi parametrami użytkowymi, co może być uznane za wprowadzające w błąd oznaczenie produktu. Treść ww. kart katalogowych odwołujący przedłożył poglądowo, jako załączniki nr 7 i 8 do odwołania. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wraz z pismem z dnia 16 października 2020 r. wykonawca DAJK przedłożył ponownie ww. kartę katalogową, tym razem opieczetowaną, oryginał certyfikatu dla modułu (w j. angielskim) oraz oświadczenie i wyjaśnienie producenta w sprawie rozbieżności w parametrach prądowo napięciowych modułu fotowoltaicznego, wraz z potwierdzeniem wielkości parametru. Treść ww. wyjaśnień stanowił załącznik nr 9 do odwołania. Z treści ww. oświadczenia wynika, że przedstawiona na wezwanie zamawiającego karta katalogowa *jest oryginalna i odzwierciedla rzeczywiste parametry modułu*. W treści ww. dokumentu producent oświadczył także, że *różnice w parametrach w porównaniu do standardowych kar zamieszczonych na stronach internetowych (w tym na stronie polskiego dystrybutora) wynikają z dostosowania oferowanego modułu do wymogów przetargowych zgodnie z dokumentacją otrzymaną od firmy DAJK*. W przypadku parametru jakim jest maksymalne napięcie systemu wartości 1500 V zawarta w certyfikacie DEKRA jest wartością lepszą i obejmuje wymaganą przetargu wartość 1000 V, a wynika ze zmiany standardu 1EC. (...) nazewnictwo poszczególnych modeli modułów PV odzwierciedla moc i technologię (ilość komórek), a nie określa/definiuje parametrów prądowych - te określone są w przekazywanych kartach katalogowych. Z uwagi na fakt, iż w treści pisma przewodniego, wraz z którym złożone zostało ww. oświadczenie, wykonawca DAJK nie udzielił żadnych dodatkowych odpowiedzi na pytania zamawiającego ograniczając się wyłącznie do wymienienia załączników, powyższe oświadczenie należy traktować jako stanowisko własne wykonawcy i odpowiedź na zadane przez zamawiającego pytania. Zamawiający powyższe wyjaśnienia uznał za wystarczające, w związku z czym w dniu 2 listopada 2020 r. poinformował wykonawców, o dokonaniu w toku prowadzonego postępowania wyboru oferty oznaczonej nr 1, złożonej przez wykonawcę DAJK, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu. W uzasadnieniu ww. wyboru, zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 Pzp, wykonawca spełnił warunki udziału opisane w SIWZ oraz że jego oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów określonych w SIWZ. Odwołujący nie zgodził się z ww. decyzją albowiem, w jego ocenie, treść zalegającej w aktach postępowania korespondencji jednoznacznie potwierdza, iż doszło do negocjacji treści oferty po upływie terminu składania ofert, na skutek których doszło do zmiany rodzaju pierwotnie oferowanego urządzenia.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty wykonawcy DAJK z SIWZ odwołujący wyjaśnił, że produkt zaoferowany przez tego wykonawcę, oznaczony jako SA310-60 M nie spełnia następujących kryteriów, wymienionych w ww. tabeli:

(6) Maksymalne napięcie – V_{mpp} (V_{max}) powinno mieścić się w przedziale 32,5 V - 33,00 V. W karcie wykonawcy DAJK podano wartość 32,98 V, jednakże producent i dystrybutor deklarują wartość na poziomie 33,53 V, a więc wyższą niż dopuszczona;

(7) Prąd przy I_{max} I_{mpp} [A] – wartość powinna być w zakresie 9,40 - 9,60 A, producent i dystrybutor dla tego modelu deklaruje wartość 9,25 A. Wartość wskazana przez oferenta w przedłożonej przez niego karcie katalogowej mieści się w wymaganym przedziale, jednak w rzeczywistości oferowany przez niego produkt oznaczony jako SINOSOLA SA310-60M charakteryzuje się wartością niższą niż dopuszczalna;

(8) Napięcie obwodu otwartego - V_{oc} (V) – zgodnie z poz. 8 tabeli powinno mieścić się w przedziale 39,50 - 40,30. Wykonawca DAJK deklaruje co prawda wartość 39,50 V, jednak według informacji upublicznionych przez producenta i dystrybutora, rzeczywista wartość to 41,18 V;

(9) Prąd zwarcia – wartość powinna być w zakresie ISC 9,80 - 10,10 A, producent dla tego modelu deklaruje wartość 9,77 A. Wartość wskazana przez wykonawcę DAJK w przedłożonej przez niego karcie katalogowej mieści się w wymaganym przedziale, jednak w rzeczywistości oferowany przez niego produkt oznaczony jako SINOSOLA SA310-60M charakteryzuje się wartością niższą niż dopuszczalna;

(13) Maksymalne napięcie systemu (V) powinno być równe 1000 V. Producent, dystrybutor oraz wystawca certyfikatu wskazuje, iż maksymalne napięcie to 1500 V. Wartość ta została podana nie tylko na oryginalnej karcie katalogowej producenta i dystrybutora, ale i na certyfikacie przedłożonym przez wykonawcę DAJK.

Omawiając ww. niezgodności, odwołujący przede wszystkim podniósł, iż najistotniejszym odstępstwem jest zaoferowanie modułu o maksymalnym napięciu systemu wyższym niż dopuszczony, gdyż ta niezgodność została potwierdzona przez samego producenta. Zgodnie z 13 rubryką tabeli zamawiający wymagał, by maksymalne napięcie systemu było równe $1000 V_{dc}$, tj. nie większe, nie lepsze, a takie same. Zatem już tylko to jedno odstępstwo od wymogów SIWZ dyskredytuje wskazany produkt. Odwołujący podkreślił, iż sam producent w treści złożonego oświadczenia z dnia 16 października 2020 r. potwierdził, iż zaoferowany przez firmę DAJK moduł nie spełnia ww. kryterium. Jak czytamy *wartość 1500 V jest wartością lepszą i obejmuje wymaganą w przetargu wartość 1000 V*. Zamawiający nie wymagał jednak wartości lepszej, a wartości równej 1000 V. W sytuacji, w której zamawiający dopuściłby rozwiązania „wyższe”, „mocniejsze”, podobnie jak chociażby w przypadku rubryki 2,3,5,11,12 lub 14-21 tabeli, użyłby zwrotu *nie mniejsze niż* lub *nie gorsze niż* lub *nie mniej niż*. W katalogu parametrów, które muszą spełniać moduły fotowoltaiczne, wyraźnie wskazano bowiem na parametry określone w wartościach granicznych (widelkowych), oraz w wartościach równych, nie dopuszczając żadnych odstępstw od określonej normy. Zdaniem odwołującego, zamawiający pomimo precyzyjnej treści SIWZ, zrezygnował z ww. wymogu na etapie oceny ofert i wybrał ofertę niezgodną z treścią SIWZ, co samo w sobie stanowi o zasadności odwołania. Zarzut ten jest o tyle zasadny, iż ww. niezgodność zamawiający sam zauważył w treści złożonego przez oferenta certyfikatu.

Jeśli chodzi o zarzut niejednoznaczności oznaczenia produktu, odwołujący odnosząc się do pozostałych, dostrzeżonych rozbieżności w parametrach prądowo - napięciowych wskazał, iż zamawiający z niezrozumiałych przyczyn dał wiarę wyjaśnieniom wykonawcy DAJK, iż produkt spełniał będzie wszystkie wymagania SIWZ, z uwagi na fakt, że zostanie od dostosowany „do wymogów przetargowych”. Spółka DAJK nie zaoferowała jednak modułu *zwytego na miarę* i dedykowanego specjalnie pod to konkretne zamówienie. Treść oferty wskazuje jedynie, że wykonawca DAJK, w przypadku wyboru jego oferty, deklaruje dostawę modułu o nazwie SINOSOLA SA310-60M. Odwołujący zauważył, że w treści oferty nie wskazano, by produkt ten miał różnić się od *katalogowego*. Brak jest w treści oferty jakiegokolwiek adnotacji o tym, by oferowany moduł był *zmodyfikowany, zmieniony, na zamówienie, specjalny*, a w oznaczeniu produktu

nie ma żadnej dodatkowej litery lub symbolu, który wskazywałby, by moduł ten różnił się od tego dostępnego na rynku. Co przy tym istotne, DAJK wraz z ofertą nie przedłożył karty katalogowej ani żadnego innego oświadczenia, z którego wynikałoby, że oferowany produkt będzie różnił się od tego, na który wskazywać mogłaby jego nazwa. Tymczasem w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz nota bene, ukształtowanej przez lata praktyki, oferowanie produktu *na zamówienie* powinno wynikać już z treści oferty (odwołujący przykładowo przytoczył wyrok z dnia 3 lipca 2020 r. o sygn. akt. KIO 595/20). Jak wyjaśnił odwołujący w przedmiotowej sprawie, podobnie jak w wyżej powołanej, w treści oferty także nie wskazano na odstępstwo w zakresie parametrów. Pierwsze, blankietowe oświadczenie dystrybutora dotyczące właściwości produktu przedłożone zostało dopiero z dniem 2 października 2020 r., wraz ze sporną kartą katalogową. Informacja o modyfikacji *pod zamówienie* znajduje się natomiast dopiero w piśmie datowanym na dzień 16 października 2020 r., złożonym po wezwaniu zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, i – co najistotniejsze – po terminie składania ofert. W konsekwencji, treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu, dlatego też oświadczenie producenta z dnia 16 października 2020 r. w którym oznajmiono, iż produkt zostanie przygotowany *na zamówienie*, jako złożone po terminie składania ofert nie powinno zostać wzięte pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie, czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymogami SIWZ. W sposób nieuprawniony modyfikuje bowiem jej treść o elementy w niej niezapisane.

Zdaniem odwołującego oddalenie przedmiotowego odwołania i przyznanie zamawiającemu (oraz firmie DAJK) prawa do modyfikacji treści oferty poprzez dopisanie w niej, iż produkt jest *na zamówienie* otworzyłoby w sposób bezprecedensowy drogę do negocjowania warunków realizacji zamówienia w dalszej części procedury oceny i badania ofert. Zależnie tylko i wyłącznie od decyzji oferenta, mógłby on po terminie składania ofert przedłożyć:

- dowolną kartę katalogową produktu, o parametrach zgodnych z SIWZ (wraz z deklaracją, jak w niniejszej sprawie, o *specjalnym zamówieniu pod konkretne zlecenie*), bądź też:
- oryginalną kartą producenta (produktu katalogowego) – jeżeli oferent nie byłby już zainteresowany realizacją zamówienia, a nie chciał stracić wadium w niebagatelnej w tym przypadku wysokości 250 000 zł.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę fakt, iż ustawa nie pozwala wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty (tak też: *J. Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019, komentarz do art. 87, Legalis), wyżej opisane uchybienia ocenić można następująco: bądź to wykonawca zaoferował produkt „katalogowy”, niezgodny z treścią SIWZ, bądź to produkt nieokreślony, niemożliwy do identyfikacji w dacie składania ofert. Wszak sam producent w treści cytowanego na wstępie oświadczenia z dnia 16 października 2020 r. wskazał, iż dla identyfikacji produktu niezbędne jest podanie jego parametrów z karty katalogowej, gdyż pod nazwą urządzenia podaną w ofercie kryć się mogą produkty o różnych cechach. Zależnie zatem od przyjętej przez Izbę interpretacji, pismo producenta z dnia 16 października 2020 r. traktować należy bądź to jako próbę ratowania błędnie złożonej oferty (z produktem już pierwotnie niespełniającym treści SIWZ), bądź to jako celowy zabieg wykonawcy mający na celu kreowanie treści zawartego w formularzu ofertowym oświadczenia woli po terminie składania ofert. Faktem jest, iż przepisy prawa nie przewidują obowiązku identyfikowania dostępnych w sprzedaży urządzeń za pomocą zindywidualizowanych ciągów znaków (liter, liczb), a praktyka producentów i towarzyszące jej nazewnictwo owych oznaczeń jest różna. Tak oferent, jak i producent, uprawniony był do dowolnego oznaczenia spornego modułu, i do dowolnego wypełnienia rubryk formularza ofertowego. Treść oferty powinna jednak precyzyjnie i jednoznacznie wskazywać, co jest oferowane, czyli wpisać taki ciąg znaków, liczb bądź symboli, który bez cienia wątpliwości identyfikowałby urządzenie. W sytuacji, w której – zgodnie z oświadczeniem producenta – oznaczenie oferowanego modułu symbolem SINOSOLA SA310-60M dotyczyć może kilku różnych konfiguracji parametrów urządzenia, obowiązkiem wykonawcy było opisanie go w sposób nie pozostawiający wątpliwości, co jest oferowane. W niniejszej sprawie, konkretyzacja oferowanego modułu nastąpiła dopiero z chwilą przedłożenia spornej karty katalogowej 2 października 2020 r., tj. po terminie składania ofert. Co przy tym istotne, producent nie zaniegał autentyczności czy aktualności kart katalogowych dostępnych na swoich stronach internetowych, i potwierdził, że urządzenia oznaczone symbolem SINOSOLA SA310-60M, o parametrach innych niż oferowane przez firmę DAJK, są dostępne na rynku. Powyższe w ocenie odwołującego świadczyło o konieczności odrzucenia oferty firmy DAJK w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, względnie – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Kończąc argumentację zawartą w odwołaniu, odwołujący wskazał, że zaniechanie dokonania powyższego dziwi o tyle, iż w niniejszym postępowaniu, w bardzo podobnym stanie faktycznym, oferta innego z oferentów – pana K. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DERMOTECHNIKA, została odrzucona z uwagi na niejednoznaczny opis oferowanego zasobnika. Informacja o odrzuceniu ww. oferty stanowiła Załącznik nr 10 do odwołania. Pomimo wielokrotnego podkreślania w treści ww. informacji konieczności precyzyjnego oznaczenia oferowanego produktu, braku możliwości prowadzenia negocjacji z zamawiającym co do jego parametrów oraz braku możliwości uzupełnienia oferty po terminie składania ofert, ww. standardów zamawiający nie zastosował do oferty firmy DAJK, co – globalnie – może być także odczytywane jako nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w prowadzonym postępowaniu. Zwłaszcza, iż powyższe było przedmiotem sporu w postępowaniu prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt. KIO 2544/20, w którym to postępowaniu Izba potwierdziła konieczność jednoznacznego oznaczania oferowanych produktów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca DAJK M. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, natomiast po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Na posiedzeniu niejawnym w udziale stron i uczestnika postępowania odwoławczego, które odbyło się w dniu 26 listopada 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz podał argumentację dla tego wniosku.

Sygn. akt KIO 2947/20

W dniu 12 listopada 2020 r. wykonawca Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

- wyboru oferty złożonej przez wykonawcę DAJK jako najkorzystniejszej oferty;
- czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM S.A. ;

siedzibą w Zaczerniu (zwanego dalej: „ML SYSTEM”);

- zaniechania czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM;
- zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący postawił następujące zarzuty:

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM pomimo że treść ww. ofert nie odpowiada treści SIWZ;
2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy DAJK jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy DAJK jako najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM;
- 3) odrzucił oferty złożone przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- 4) konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu wyjaśnił, że złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami Pzp. W konsekwencji stwierdził, że zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem w razie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM to oferta jego będzie ofertą najkorzystniejszą i zarazem jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Zdaniem odwołującego przez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie, gdyż efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W zakresie pierwszego z postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że treść ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp powinny zostać one odrzucone przez zamawiającego. W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie w przypadku ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM mamy do czynienia z niezgodnością zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, a ponadto w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę ML SYSTEM, również z niezgodnym z SIWZ sposobem wyrażenia, opisanie i potwierdzenie zakresu owego zobowiązania w ofercie. Przesądza o tym następujące względy. Jak wynika z ppkt 4.2.2. na str. 4-5 SIWZ w zakresie instalacji kolektorów słonecznych zakres przedmiotu zamówienia obejmuje m.in.:

1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację 490 zestawów instalacji kolektorów słonecznych montowanych na budynkach u osób fizycznych wraz z konstrukcją dostosowaną do miejsca montażu, w tym:

a) 299 zestawów, każdy składający się z 2 kolektorów i zasobnika 200 dm³ o mocy minimum 3,26 kW,

b) 165 zestawów, każdy składający się z 3 kolektorów i zasobnika 300 dm³ o mocy minimum 4,89 kW,

c) 26 zestawów, każdy składający się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW.

Z kolei w pkt 4.3. na str. 6 SIWZ zamawiający wskazał, że: Szczegółowy zakres prac (Opis Przedmiotu Zamówienia) zawarty jest w załączniku Nr 1.1 do SIWZ (instalacje fotowoltaiczne) oraz załączniku Nr 1.2 do SIWZ (instalacje kolektorów słonecznych). Natomiast w dokumencie zatytułowanym SPECYFIKACJA TECHNICZNA INSTALACJI MONTAŻU KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH – ZESTAW 4, stanowiącym jeden z dokumentów wchodzących w skład załącznika nr 1.2 do SIWZ, zamawiający na str. 6 określił następujące wymagania co do wymiarów pojemnościowego podgrzewacza ciepłej wody (zasobnika) dla zestawów składających się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW:

Wymiary:	
Maksymalna wysokość zasobnika 400	1,60 m
Maksymalna szerokość zasobnika 400	0,85 m

Zamawiający określił zatem zarówno maksymalną wysokość zasobnika jak i jego maksymalną szerokość. Na marginesie odwołujący wskazał, że określenie maksymalnych wymiarów zasobnika było w pełni uzasadnione. Zbiorniki mają być bowiem montowane w pomieszczeniach technicznych, w praktyce najczęściej w piwnicach, które to pomieszczenia zazwyczaj są niskie a zarazem prowadzą do nich wąskie drzwi. Dzięki określeniu maksymalnych wymiarów zasobnika zamawiający zagwarantował sobie zatem, że możliwe będzie wniesienie i zamontowanie zaoferowanych przez wykonawcę zasobników w pomieszczeniach technicznych. Trzeba też podkreślić, że ani wykonawca DAJK, ani wykonawca ML SYSTEM w toku postępowania w żaden sposób nie zakwestionował określonych przez zamawiającego maksymalnych wymiarów zasobnika.

Następnie odwołujący zwrócił uwagę, że w pkt 13.4. na str. 26 SIWZ zamawiający wskazał, że:

Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: 1) Formularz ofertowy (wypełniony, podpisany elektronicznie i przesłany w formie elektronicznej) – do wykorzystania wzór (druk), stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ (przy czym wykonawca może sporządzić ofertę w innym wzorcu, powinna ona wówczas obejmować dane wymagane dla oferty w SIWZ i załącznikach). Z kolei w ww. Załączniku nr 3 do SIWZ zamawiający w odniesieniu do instalacji kolektorów słonecznych montowanych na budynkach u osób fizycznych (Tabela 2 na str. 2-3) dla każdego typu zestawu wymagał m.in. informacji co do producenta i modelu kolektora oraz zasobnika (kolumna 3 Tabeli 2). Zatem wykonawcy byli bezwzględnie obowiązani wskazać w ofercie producenta i model kolektora oraz zasobnika.

Odwołujący wyjaśnił, że jak wynika z formularzy ofertowych złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM obaj ww. wykonawcy w przypadku zestawu składającego się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW (Lp. 3 w Tabeli 2) zaoferowali zasobnik o modelu SGW(S)B 400, produkowany przez Galmet. Odwołujący wskazał, że zasobnik o modelu SGW(S)B 400 jest standardowym zasobnikiem produkowanym seryjnie przez Galmet Sp. z o.o. Sp. K. Ww. zasobnik jest często oferowany przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na instalacje kolektorów słonecznych oraz wykorzystywany przez wykonawców do realizacji takich instalacji. Odwołujący wyjaśnił, że również on wielokrotnie oferował różnym zamawiającym zasobnik o modelu SGW(S)B 400 produkowany przez Galmet oraz wykonywał instalacje kolektorów słonecznych w skład których wchodził ww. zasobnik. Już tylko z tego względu miał pełną wiedzę na temat parametrów i właściwości zasobnika o modelu SGW(S)B 400 produkowanego przez Galmet, w szczególności doskonale zna jego maksymalne wymiary. Odwołujący wskazał zatem, że w przypadku zasobnika o modelu SGW(S)B 400 produkowanego przez Galmet wysokość zasobnika z izolacją (czyli właśnie maksymalna wysokość) wynosi 1660 mm, czyli 1,66 m, a zatem więcej niż maksymalna wysokość zasobnika 400, określona przez zamawiającego jako 1,60 m. Tym samym zasobnik zaoferowany przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM z oczywistych względów jest niezgodny z wymaganiami SIWZ co przesądza też o niezgodności treści ofert ww. wykonawców z treścią SIWZ. Uprowadzając ewentualną kontrargumentację ww. wykonawców lub zamawiającego, odwołujący podkreślił, że zasobnik o modelu SGW(S)B 400 jest standardowym zasobnikiem produkowanym seryjnie przez Galmet Sp. z o.o. Sp. K. Tym samym nie jest możliwe, aby pod oznaczeniem „SGW(S)B 400” krył się jakiś inny zasobnik, tj. zasobnik o innych parametrach, w szczególności o innej wysokości, zgodnej z SIWZ. Jeśli nawet przyjąć, że wykonawcy DAJK oraz ML SYSTEM zaoferowa zamawiającemu zasobnik o modelu SGW(S)B 400 produkcji Galmet specjalnie zmodyfikowany na potrzeby przedmiotowego zamówienia (co biorąc pod uwagę to, że przedmiot zamówienia obejmuje zaledwie 26 takich zasobników, jest kompletnie niewiarygodne i wręcz nieprawdopodobne), to w żaden sposób nie zaznaczyli tego w swoich ofertach, wręcz przeciwnie, określili oferowany zasobnik poprzez podanie modelu zasobnika, który jest seryjnie produkowany przez Galmet i posiada określone parametry, w tym parametr wysokości niezgodny z SIWZ. W świetle powyższego treść ofert wykonawcy DAJK i wykonawcy ML SYSTEM jest w oczywisty sposób niezgodna z treścią SIWZ. Trzeba przy tym podkreślić, że nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności w żaden sposób przewidziany ustawą. Każda próba usunięcia opisanej powyżej niezgodności musiałaby bowiem polegać na zastąpieniu zaoferowanych zasobników o modelu SGW(S)B 400 produkcji Galmet innymi, niewskazanymi w ofertach zasobnikami, spełniającym wymagania SIWZ. Tymczasem zarówno art. 84 ust. 1 jak i art. 87 ust. 1 Pzp wyraźnie zabraniają dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert. Zakaz modyfikacji treści oferty poprzez składanie wyjaśnień został wyraźnie wyartykułowany w art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a zwłaszcza nie mogą służyć usuwaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zdaniem odwołującego niedopuszczalne byłoby poprawienie opisanej powyżej niezgodności treści ofert wykonawcy DAJK i wykonawcy ML SYSTEM z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli jako innej omyłki. Dokonanie poprawki na tej podstawie wymagałoby bowiem uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy DAJK oraz do wykonawcy ML SYSTEM o wyjaśnienie jakie inne zasobniki spełniające wymagania SIWZ wykonawcy ci oferują zamawiającemu w miejsce zasobników wskazanych w ofercie. Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w szeregu orzeczeń, warunkiem *sine qua non* dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest to, iż zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego, że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy. Odwołujący stwierdził, że zarówno w ofercie wykonawcy DAJK jak i w ofercie wykonawcy ML SYSTEM brak jest informacji, które pozwalałyby zamawiającemu na samodzielne poprawienie ww. ofert i dostosowanie ich do treści SIWZ. Z ofert wykonawcy DAJK oraz wykonawcy ML SYSTEM nie wynika bowiem w żaden sposób jakie inne zasobniki spełniające wymagania SIWZ wykonawcy ci mieliby oferować zamawiającemu w miejsce zasobników wskazanych w ofercie.

Odwołujący przypadku oferty wykonawcy ML SYSTEM wskazał na jeszcze jedną niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Jak to już podniesiono powyżej złożona w przedmiotowym postępowaniu oferta musiała zawierać formularz ofertowy, sporządzony z wykorzystaniem wzoru (druku) stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ. Z kolei w ww. Załączniku nr 3 do SIWZ zamawiający w odniesieniu do instalacji fotowoltaicznych montowanych na budynkach lub gruncie u osób fizycznych (Tabela 1 na str. 2) dla każdego typu instalacji wymagał m.in. informacji co do producenta i modelu modułu oraz inwertera (kolumna 3 Tabeli 1). Zatem wykonawcy byli bezwzględnie obowiązani wskazać w ofercie producenta i model modułu (fotowoltaicznego) oraz inwertera. Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca ML SYSTEM w złożonym formularzu ofertowym odnośnie producenta i modelu modułu fotowoltaicznego podał następujące informacje: „ML SYSTEM S.A. MOF 1000”. Zdaniem odwołującego o ile można się zgodzić, że określenie „ML SYSTEM S.A.” stano wskazanie producenta modułu, o tyle określenie „MOF 1000” w żadnym wypadku nie można uznać za wskazanie modelu modułu. Odwołujący podkreśla, że na rynku nie ma modułów produkowanych przez ML SYSTEM S.A. o modelu MOF 1000. Ponadto w przypadku modułów fotowoltaicznych produkowanych przez ML SYSTEM S.A. elementem nazwy modelu modułu jest zawsze człon „ML”, np. „ML SunMon 300”, „ML SunMon 345” czy „ML SunPol 320”. Natomiast zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami na temat modułów produkowanych przez ML SYSTEM S.A. określenie „MOF 1000” to nazwa rodziny produktów. W skład rodziny produktów (modułów) MOF 1000 wchodziły różne modele modułów fotowoltaicznych o różnych parametrach. Tym samym na podstawie określenia „MOF 1000” nie sposób ustalić który konkretnie model modułu należący do rodziny produktów (modułów) MOF 1000 został zaoferowany przez wykonawcę ML SYSTEM. Brak bezwzględnie wymaganej informacji co do modelu modułu przesądza o niezgodności treści oferty wykonawcy ML SYSTEM z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu analogiczną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ wystąpiła w przypadku oferty wykonawcy DOMOTERMIKA K. M. (zwanego dalej: „DOMOTERMIKA”), przy czym ww. wykonawca nie wskazał w ofercie modelu zasobnika solarnego. Zamawiający

nie miał wątpliwości, że powyższy brak informacji stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i otwiera możliwość dokonywania zmian treści oferty oraz prowadzenia negocjacji z zamawiającym podczas trwania postępowania, co stanowi podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dlatego też zamawiający pismem z 23 września 2020 r. dokonał odrzucenia oferty wykonawcy DOMOTERMIKA. W ocenie odwołującego podane w ww. piśmie uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy DOMOTERMIKA w całej rozciągłości stosuje do oferty wykonawcy ML SYSTEM. Również bowiem wykonawca ML SYSTEM nie wskazał precyzyjnie modelu urządzenia, który to model jednoznacznie i bez zastrzeżeń identyfikowałby w ofercie produkt zgodnie z wymaganiami SIWZ. W efekcie wykonawca ML SYSTEM nie podał zgodnie z wymogiem zamawiającego oferowanego modelu modułu i otworzył tym samym drogę do negocjowania warunków realizacji zamówienia w dalszej części procedury oceny i badania ofert, tj. umożliwił wskazanie, jako oferowanego produktu wybranego przez siebie modelu. Brak w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu – poprzez wskazanie jego typu/modelu i producenta uniemożliwia zamawiającemu jego identyfikację, a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, jednak z zastrzeżeniem, że nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Jednak omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W ofercie wykonawcy ML SYSTEM brak jest informacji w zakresie modelu oferowanego modułu. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą ML SYSTEM stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie 2 *in initio* Pzp). Wobec powyższego stwierdzić trzeba, że brak informacji w zakresie modelu oferowanego modułu stanowiło błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Tym samym, w przedmiotowej sprawie zaszła przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ze względu na błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia. Taki wniosek potwierdza też orzecznictwo KIO, obszernie przytoczone przez zamawiającego w ww. piśmie z 23 września 2020 r.

Jeśli chodzi o drugi z postawionych w odwołaniu zarzutów tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, to stanowił on konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Jak stwierdził odwołujący, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, w ocenie odwołującego, zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę DAJK jak i ofertę wykonawcy ML SYSTEM, to w konsekwencji zamawiający jako najkorzystniejszą ofertą winien wybrać ofertę odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą i zarazem jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu oraz DAJK M. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone w rozpatrywanych sprawach przystąpienia spełniały wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestników postępowania odwoławczego:

- wykonawcę DAJK M. K. Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (zwanego dalej nadal: „DAJK”), po stronie zamawiającego w sprawach oznaczonych sygn. akt KIO 2945/20 i KIO 2947/20;
- wykonawcę ML SYSTEM S.A. z siedzibą w Zaczerniu po stronie zamawiającego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2947/20;
- wykonawcę Solartime Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, po stronie odwołującego w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2945/20.

Izba dopuściła w niniejszych sprawach dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na dwóch płytach CD, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w dniu 19 listopada 2020 r., w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - oferty wykonawcy DAJK;
 - oferty wykonawcy ML SYSTEM S.A.;
 - wezwania z dnia 23 września 2020 r. skierowanego do wykonawcy DAJK w trybie art. 26 ust. 1 Pzp tj. do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;
 - dokumentów i oświadczeń złożonych w odpowiedzi na ww. wezwanie przez wykonawcę DAJK wraz z pismem z dnia 2 października 2020 r., w tym w szczególności: certyfikatu DEKRA nr 6060621.01 DS.001 z dnia 5 sierpnia 2019 r. przetłumaczonego na język polski, oświadczenia Afore Polska Sp. z o.o. z 28 września 2020 r. dotyczącego modelu modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M, karty katalogowej modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisanej przez prokurenta dystrybutora, karty katalogowej zbiorników typu SGW(S)B 400 podpisanej przez przedstawiciela producenta;
 - wezwania z dnia 13 października 2020 r. skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez zamawiającego do wykonawcy DAJK;
 - wyjaśnień wykonawcy DAJK z dnia 16 października 2020 r. wraz załącznikami tj.: certyfikatem DEKRA 6060621.01 DS.001 z dnia 5 sierpnia 2019r., kartą katalogową modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisaną przez

producenta, oświadczeniem producenta dotyczącego rozbieżności w parametrach prądowo-napięciowych modułu fotowoltaicznego wraz z potwierdzeniem wielkości parametru z tłumaczeniem na język polski;

- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 2 listopada 2020 r.;

2) załączonych do odwołania w sprawie KIO 2945/20:

- kart katalogowych modułów grupy SINOSOLA dostępnych na stronie internetowej dystrybutora;
- karty katalogowej modułu SINOSOLA dostępnej na stronie internetowej producenta;
- informacji o odrzuceniu oferty pana K. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DERMOTECHNIKA;

3) złożonych przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2947/20 na posiedzeniu:

- instrukcji obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 400l, data produkcji 4 sierpnia 2020 r.;
- instrukcji obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 200l, data produkcji 21 września 2020 r.;
- oświadczeń osób fizycznych (szt. 3) – beneficjentów końcowych zamówienia publicznego *Odnawialne źródła energii w Gminie Wilków*, zrealizowanego przez odwołującego dotyczące parametrów posiadanych przez te osoby zasobników (podgrzewaczy) c.w.u. SGW(S)B o pojemności 200l, 300l i 400l;
- wniosku o zatwierdzenie maszyn i urządzeń nr 1 z dnia 3 lipca 2020 r. na potrzeby realizacji zamówienia publicznego *Odnawialne źródła energii w Gminie Wilków*;
- instrukcji obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 400l (klasa A), data produkcji 5 listopada 2020 r.;
- instrukcji obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 200l (klasa A), data produkcji 3 marca 2020 r.;
- instrukcji montażu i konserwacji modułów PV rodzina PV MOF 1000 pochodzącej ze strony internetowej ML SYSTEM S.A.;
- karty katalogowej modułu fotowoltaicznego typ ML-S6MF/T1-310-60 str. 2, pochodzącej ze strony internetowej producenta ML SYSTEM S.A.;
- karty katalogowej modułu fotowoltaicznego typ ML-S6MF/T1-320-60 str. 2, pochodzącej ze strony internetowej producenta ML SYSTEM S.A.;
- karty katalogowej modułu fotowoltaicznego typ ML-S6MF/G0-285-1030/1768 str. 1, pochodzącej ze strony internetowej producenta ML SYSTEM S.A.;
- karty katalogowej modułu fotowoltaicznego typ ML-S6MF/G0-260-986/1940 str. 1, pochodzącej ze strony internetowej producenta ML SYSTEM S.A.;

4) złożonych przez przystępującego DAJK na posiedzeniu:

- oświadczenia producenta modułu z dnia 23 listopada 2020 r. w tłumaczeniu na język polski (dowód w sprawie o sygn. akt KIO 2945/20);
- dowodów złożonych w sprawie KIO 2947/20: danych technicznych wymienników SGW(S)B Tower Biwał 400 oraz oświadczenia z dnia 23 listopada 2020 r. Galmet Sp. z o.o. SP. k. tj. producenta zasobników zaoferowanych w postępowaniu przez wykonawcę DAJK;

5) złożonej na rozprawie przez przystępującego ML SYSTEM S.A. w sprawie o sygn. akt KIO 2947/20 oferty w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sulów wraz z informacją o wyborze z dnia 28 października 2020 r.;

6) złożonych na rozprawie przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2947/20 formularzy ofertowych złożonych przez ML SYSTEM S.A. w postępowaniach prowadzonych przez Gminę Moszczenica, Gminę Nowy Targ oraz w ramach zamówienia *Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE – zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych oraz pomp ciepła w ramach zadania pn. „EKOPARTNERZY NA RZECZ SŁONECZNEJ ENERGII MAŁOPOLSKI”*.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem 8, pkt 8.7 ppkt 8.7.3. SIWZ nawiązanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp, wykonawca zobowiązany był złożyć m. in. następujące oświadczenia lub dokumenty w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego:

- w zakresie instalacji fotowoltaicznych – *certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub PN-EN 61646 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp oraz karty katalogowe modułu fotowoltaicznego i inwertera 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 1.1 do SIWZ, zgodnie z rozdziałem 3, lit. f, pkt. 1 (dla modułu) i pkt 3 (dla inwertera) projektu;*

- w zakresie instalacji kolektorów słonecznych – *karty katalogowe kolektorów słonecznych i zasobników 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 1.2 do SIWZ, zgodnie z pkt. 6 (dla kolektora) i pkt. 10 (dla zasobnika) projektu.*

Zgodnie z pkt 13 ppkt 1 SIWZ oferta musiała zawierać *Formularz ofertowy (wypełniony, podpisany elektronicznie i przesłany w formie elektronicznej) – do wykorzystania wzór (druk), stanowiący Załącznik nr 3 do SIWZ (przy czym wykonawca może sporządzić ofertę wg innego wzorca, powinna ona wówczas obejmować dane wymagane dla oferty w SIWZ i załącznikach)* We wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ w tabeli 1 dotyczącej instalacji o mocy min. 3,3 kWp oraz w tabeli 2 pkt 3 dotyczącej zestawu składającego się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW, został wskazany producent i model, co oznacza, że wykonawcy opisując w formularzu ofertowym moduł i zasobnik byli zobowiązani do podania ich producenta i modelu.

W załączniku nr 1.1 do SIWZ zamawiający podał wymogi dla instalacji fotowoltaicznych, w tym parametr dotyczący maksymalnego napięcia systemu, który miał być równy 1000V_{DC}.

W załączniku nr 1.2 do SIWZ zamawiający podał wymogi dla instalacji technicznej kolektorów słonecznych. W wymogach dla zasobnika o pojemności 400 dm³ maksymalna wysokość zasobnika 400 została określona na 1,60 m.

Wykonawca DAJK w złożonym formularzu ofertowym jako producenta i model modułu instalacji o mocy min. 3,3 kWp podał: SINOSOLASA310-60M, a jako producenta i model zasobnika dla zestawu składającego się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW podał: GALMET SGW(S)B 400.

Wykonawca ML SYSTEM S.A. w złożonym formularzu ofertowym jako producenta i model modułu instalacji o mocy min. 3,3 kWp podał: ML SYSTEM S.A.MOF 1000, a jako producenta i model zasobnika dla zestawu składającego się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW podał: GALMET SGW(S)B 400.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego sformułowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykonawca DAJK wraz z pismem z dnia 2 października 2020 r., złożył m. in.: certyfikat DEKRA nr 6060621.01 DS.001 z dnia 5 sierpnia 2019 r. wyłącznie w tłumaczeniu na język polski, oświadczenie Afore Polska Sp. z o.o. z 28 września 2020 r. dotyczące modelu modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M, kartę katalogową modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisaną przez prokurenta dystrybutora oraz kartę katalogową zbiorników typu SGW(S)B 400 podpisaną przez przedstawiciela producenta.

Zamawiający pismem z dnia 13 października 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę DAJK do:

1) złożenia certyfikatu DEKRA 6060621.01 DS.001 z dnia 5 sierpnia 2019 r. w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu.

2) wyjaśnienia rozbieżności w parametrach prądowo napięciowych pomiędzy przesłaną kartą techniczną produktu SINOSOLA SA310-60M, a kartą technicznymi produktu oznaczonego tą samą nazwą modelu zamieszczonymi na stronach polskiego dystrybutora i chińskiego producenta oraz na certyfikacie.

W opisie wezwania dla pkt 2) zamawiający wskazał, że:

Wykonawca w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp przedłożył kartę modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M.

W karcie katalogowej przesłanej przez Wykonawcę, maksymalne napięcie wynosi 1000 V (co jest zgodne z zapisami dokumentacji technicznej). Natomiast w kartach katalogowych dostępnych na stronie polskiego dystrybutora <https://sinosola.com.pl> parametry prądowo napięciowe modułu są inne niż na karcie przesłanej przez Wykonawcę: <https://sinosola.com.pl/wp-content/uploads/2020/09/Monokrystaliczne.pdf> i nie spełniają parametrów dokumentacji technicznej.

Ponadto na stronach samego producenta chińskiego: <http://www.sinosola.cn> znajduje się również karta katalogowa tego modułu, która potwierdza inne (takie same jak na stronach polskiego dystrybutora) parametry niż w przesłanej karcie <http://www.sinosola.cn/product/164.html> przez Wykonawcę.

Zarówno karcie katalogowej dostępnej na stronie polskiego dystrybutora i producenta chińskiego maksymalne napięcie wynosi 1500 V (co jest niezgodne z dokumentacją techniczną). Co więcej w „tłumaczeniu” certyfikatu DEKRA złożonym przez Wykonawcę, również widnieje zapis 1500 V.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do precyzyjnego i wyczerpującego wyjaśnienia powyższych rozbieżności i potwierdzenia (np. przez jednoznaczne oświadczenie producenta) w sposób jednoznaczny jaka jest wielkość tego parametru.

Zwracamy się w prośbę o wyjaśnienie powodów oferowania produktu o tej samej nazwie (użytej w karcie złożonej w postępowaniu oraz na stronach producenta) z innymi parametrami użytkowymi, co może być uznane za wprowadzające w błąd oznaczenie produktu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca DAJK wraz z pismem z dnia 16 października 2020 r. przekazał: certyfikat DEKRA 6060621.01 DS.001 z dnia 5 sierpnia 2019 r., kartę katalogową modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisaną przez producenta oraz oświadczenie producenta dotyczące rozbieżności w parametrach prądowo-napięciowych modułu fotowoltaicznego wraz z potwierdzeniem wielkości parametru z tłumaczeniem na język polski.

Informacją z dnia 2 listopada 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy DAJK. Oferta wykonawcy ML SYSTEM S.A. została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 91 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą;
- art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp – Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;
- art. 7 ust. 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 7 ust. 3 Pzp – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- art. 82 ust. 3 Pzp – Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła co następuje.

Skład orzekający uznał, że rozpoznawane odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2945/20

Jak ustaliła powyżej Izba wykonawca DAJK w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowany moduł fotowoltaiczny wymagań określonych przez zamawiającego, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 września 2020 r. złożył: certyfikat DEKRA nr 6060621.01 DS.001 z 5 sierpnia 2019 r. (wyłącznie w tłumaczeniu na język polski), oświadczenie Afore Polska Sp. z o.o. z 28 września 2020 r. dotyczące modelu modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M i kartę katalogową modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisaną przez prokurenta dystrybutora. Certyfikat DEKRA nr 6060621.01 DS.001 z 5 sierpnia 2019 r. obejmował moduły fotowoltaiczne z krzemu krystalicznego szczegółowo wskazane w załączniku nr 1 (w tym moduł zaoferowany przez wykonawcę DAJK), natomiast na stronie 1 certyfikatu w informacji dotyczącej parametrów, maksymalne napięcie systemu zostało określone na 1500 V. Firma Afore Polska Sp. z o.o. oświadczyła jako wyłączny dystrybutor producenta modułów fotowoltaicznych YUHAN SINOSOLA & TECHNOLOGY CO. LTD, że oferowany model modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M spełnia wymagania zawarte w załączniku nr 1.1. do SIWZ. W karcie katalogowej modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisaną przez prokurenta dystrybutora, maksymalne napięcie (V) zostało określone jako 1000V_{DC}.

Z zebranej w aktach sprawy dokumentacji wynikało, że zamawiający miał wątpliwości w zakresie spełnienia przez sprzęt zaoferowany przez wykonawcę DAJK parametru dotyczącego maksymalnego napięcia. Wątpliwości zamawiającego wynikały z tego, że w karcie katalogowej złożonej przez wykonawcę DAJK maksymalne napięcie (V) zostało określone jako 1000V_{DC}, a z tłumaczenia certyfikatu DEKRA nr 6060621.01 DS.001 z dnia 5 sierpnia 2019 r. parametr dotyczący maksymalnego napięcia systemu został określony na poziomie 1500V. Ponadto wątpliwości zamawiającego z pewnością pogłębiły ustalenia, które poczynił, ponieważ na stronach internetowych polskiego dystrybutora oraz chińskiego producenta, zamawiający odnalazł karty katalogowe oferowanego modułu, z których wynikało, że maksymalne napięcie modułu wynosi 1500V (co jest niezgodne z dokumentacją techniczną). Swoim wątpliwościom zamawiający dał wyraz w piśmie z dnia 13 października 2020 r., w którym na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę DAJK do precyzyjnego i wyczerpującego wyjaśnienia powyższych rozbieżności i potwierdzenia (np. przez jednoznaczne oświadczenie producenta) w sposób jednoznaczny jaka jest wielkość tego parametru oraz zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie powodów oferowania produktu o tej samej nazwie (użytej w karcie złożonej w postępowaniu oraz na stronach producenta) z innymi parametrami użytkowymi, co mogło być uznane za wprowadzające w błąd oznaczenie produktu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca DAJK wraz pismem z dnia 16 października 2020 r., oprócz oryginału certyfikatu DEKRA 6060621.01 DS.001 z 5 sierpnia 2019 r. złożył także kartę katalogową modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisaną przez producenta oraz oświadczenie producenta dotyczące rozbieżności w parametrach prądowo-napięciowych modułu fotowoltaicznego wraz z potwierdzeniem wielkości parametru z tłumaczeniem na język polski. W karcie katalogowej modułu fotowoltaicznego SINOSOLA SA310-60M podpisanej przez producenta, maksymalne napięcie (V) zostało określone jako 1000V_{DC}.

Złożone przez wykonawcę DAJK dokumenty i oświadczenia rozwiązywały wątpliwości zamawiającego, gdyż zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy DAJK i w dniu 2 listopada 2020 r. wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego, przy uwzględnieniu zebranej w sprawie dokumentacji oraz stanowisk stron i uczestników postępowania, czynności zamawiającego nie stanowiły naruszenia przepisów wskazanych przez odwołującego. Wykonawca DAJK złożył dokumenty, które według ustaleń zamawiającego miały potwierdzać spełnianie przez oferowane przez niego dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie instalacji fotowoltaicznych tj. certyfikat i kartę katalogową. Jeśli chodzi o certyfikat to skład orzekający zwrócił uwagę, że dotyczył on nie tylko oferowanego modelu modułu SINOSOLA SA310-60M, ale obejmował wiele produktów (modułów fotowoltaicznych z krzemu krystalicznego), które zostały wskazane w załączniku nr 1 do certyfikatu. Ponadto warto zwrócić uwagę na cel wymogu odnoszącego się do certyfikatu. Cel złożenia takiego certyfikatu został wyraźnie określony w rozdziale 8, pkt 8.7., ppkt 8.7.3. lit a) SIWZ zgodnie, z którym certyfikat miał potwierdzać zgodność modułu z normą PN-EN 61215 lub PN-EN 61646 lub z normami równoważnymi. W związku z tym za najważniejszy dokument potwierdzający spełnienie parametrów określonych w SIWZ, skład orzekający uznał kartę katalogową modułu fotowoltaicznego podpisaną przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim, ponieważ wynika to z treści lit. b) ww. fragmentu SIWZ, która miała obejmować informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku nr 1.1 do SIWZ, zgodnie z rozdziałem 3, lit. f, pkt. 1. Z kart katalogowych złożonych przez wykonawcę DAJK zarówno w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, podpisanej przez dystrybutora urządzeń na rynku polskim, jak i w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, podpisanej przez producenta, jednoznacznie wynikało, że parametr dotyczący napięcia maksymalnego jest zgodny z wymogiem określonym w SIWZ.

Zamawiający badając i oceniając ofertę w postępowaniu powinien się opierać przede wszystkim na złożonych przez wykonawcę dokumentach i oświadczeniach, ponieważ taki jest sens wymagania tych dokumentów. W przedmiotowej sprawie złożone przez wykonawcę DAJK dokumenty mogły powodować u zamawiającego wątpliwości co do parametru napięcia maksymalnego, które mogły być wzmocnione przez ustalenia dokonane przez zamawiającego, po analizie kart katalogowych odszukanych w internecie. Jednakże na wezwanie zamawiającego wykonawca DAJK przedłożył dokumenty, które pozwoliły ocenić urządzenie oferowane przez ww. wykonawcę, jako zgodne z treścią SIWZ. W tak ustalonym stanie sprawy zamawiający dysponował kartą katalogową modułu podpisaną przez dystrybutora, kartą katalogową modułu podpisaną przez producenta oraz oświadczeniem producenta odnoszącym się do różnic w zakresie tego parametru. W przedmiotowym oświadczeniu producent potwierdził m. in., że różnice w parametrach w porównaniu do standardowych kart zamieszczonych na stronach internetowych wynikają z dostosowania oferowanego modułu do wymogów przetargowych zgodnie z dokumentacją otrzymaną od DAJK, wyjaśnił, że parametry modułu będą odpowiadały parametrom wskazanym w przetargu w całości, zgodnie z przekazaną kartą katalogową oraz wytłumaczył dlaczego certyfikacja została uzyskana na wyższy parametr tj. 1500 V. Producent nie przedstawił także żadnych informacji, które chociaż poszlakowo mogłyby wskazać, że produkowany przez niego moduł o napięciu maksymalnym w wysokości 1000V posiada inne oznaczenia niż moduł wskazany w formularzu ofertowym przez wykonawcę DAJK lub produkty dostosowywane do określonych wymogów posiadają inne oznaczenie. Producent wskazał wyraźnie w oświadczeniu, że nazewnictwo poszczególnych modeli modułów odzwierciedla moc i technologie (ilość komórek), a nie definiuje parametrów prądowych oferowanych produktów, ponieważ te określone są w kartach katalogowych.

Po raz kolejny należy także zwrócić uwagę na stan przedmiotowej sprawy. Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym modelu i producenta modułu. Wykonawca DAJK w złożonym formularzu podał model i producenta modułu, zatem wypełnił wymagania SIWZ w tym zakresie, co oznacza, że z treści oferty jednoznacznie wynikały przedmiotowe informacje. Następnie zgodnie z postanowieniami SIWZ określonymi w pkt 8.7. wykonawca miał złożyć dokumenty (kartę katalogową i certyfikat) w celu potwierdzenia spełniania przez oferowany moduł, wymagań określonych SIWZ, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Powyższe oznaczało, że dokumenty służące przede wszystkim badaniu zgodności oferty z treścią SIWZ, wykonawcy składali już po terminie składania ofert w związku z tym nie można było dyskwalifikować dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę DAJK na wezwanie zamawiającego z tego tylko powodu, że zostały złożone po upływie terminu składania ofert, ponieważ sprzeciwiało się temu już samo założenie przyjęte przez zamawiającego, a wynikające z treści SIWZ. Tym samym skład orzekający nie znalazł powodów do uznania, że zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę dokumentów złożonych przez wykonawcę DAJK po terminie składania ofert, w tym także oświadczenia producenta z 16 października 2020 r.

W tak ustalonym stanie sprawy Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania ww. dokumentów przedłożonych przez wykonawcę DAJK. Jedynymi dowodami złożonymi przez odwołującego na potwierdzenie swojej argumentacji były załączone do odwołania karty katalogowe dostępne na stronie internetowej dystrybutora i producenta. Izba doszła do przekonania, że dokumenty te nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. W pierwszej kolejności należy wskazać, że wątpliwości wynikające z tych dokumentów zostały dostrzeżone i wyjaśniane w toku badania oferty

wykonawcy DAJK przez zamawiającego, co znalazło swój wyraźny wyraz w wezwaniu z dnia 13 października 2020 r., na które wykonawca DAJK odpowiedział, przedstawiając wymagane dokumenty. Odwołujący nie przedstawił żadnych innych dowodów na okoliczność niezgodności treści oferty wykonawcy DAJK z treścią SIWZ oraz niejednoznaczności oznaczenia produktu. Po drugie wykonawca DAJK na potwierdzenie zgodności parametrów oferowanego modułu z parametrami postawionym w SIWZ złożył dokumenty w treści i formie wymaganej przez zamawiającego. Po trzecie złożone przez wykonawcę DAJK karty katalogowe modułu oraz formularz ofertowy jednolicie i konsekwentnie wskazywały na model oferowanego modułu, a dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odnosiły się do wątpliwości zamawiającego oraz konsekwentnie wskazywały na ten sam model modułu, a także potwierdzały spełnienie parametru napięcia maksymalnego. Tym samym skład orzekający uznał, że zamawiający nie miał innego wyjścia jak przyjąć i oprzeć się na dokumentach złożonych w trakcie trwania procedury przetargowej przez wykonawcę DAJK, słusznie pomijając treść kart katalogowych modułu modelu SINOSOLA SA310-60M dostępnych w internecie.

Izba uznała przy tym, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do tożsamości stanu faktycznego ze sprawą oznaczoną sygn. akt KIO 2544/20 rozpoznaną wyrokiem z 28 października 2020 r. W sprawie KIO 2544/20 wykonawca, którego oferta została odrzucona w treści formularza ofertowego, opisał modele zasobników przez wskazanie *de facto* dwóch parametrów ww. urządzeń, tj. pojemności i ilości węzownic. W trakcie procedury badania ofert zamawiający ustalił, że poszczególne modele zasobników zaoferowanych w postępowaniu przez tamtego wykonawcę mają nadany symbol, który określa urządzenie spełniające wymagania techniczne przetargu, zatem symbol ten identyfikował urządzenie w sposób umożliwiający weryfikację, następnie spełnienie wymagań technicznych określonych w SIWZ dla zasobników. W konsekwencji Izba w tamtej sprawie uznała, że odwołujący nie dochował należytej staranności przy formułowaniu oferty w powyższym zakresie, tj. nie podał wymaganego modelu zasobników oferowanych w przedmiotowym postępowaniu, co stanowiło o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w kontekście wymagań określonych w tej specyfikacji. W przedmiotowej sprawie miał miejsce inny stan faktyczny, ponieważ wykonawca DAJK w formularzu ofertowym wskazał model modułu, a nie odwoływał się do opisu parametrów urządzenia, a oznaczenie modelu było konsekwentnie stosowane w złożonych później kartach katalogowych oraz w oświadczeniu producenta, przez co nie można było stwierdzić, że ww. wykonawca nie dochował należytej staranności przy formułowaniu oferty.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty wykonawcy DAJK.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Na wstępie należy wskazać, że zamawiający w wezwaniu z dnia 13 października 2020 r. powołał się na przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto jak wskazano powyżej istota pkt 2) przedmiotowego wezwania wyraźnie akcentowała wątpliwości zamawiającego związane z rozbieżnościami pomiędzy wartością parametru napięcia maksymalnego odnośnie złożonych przez wykonawcę DAJK dokumentów tj. certyfikatu i karty katalogowej. Skład orzekający przyjął, że treść tego wezwania miała za zadanie uzyskanie wyjaśnień w związku wątpliwościami powstałymi w wyniku złożenia przez wykonawcę DAJK powyższych dokumentów, a uzyskana odpowiedź doprowadziła do wyjaśnienia powstałych wątpliwości. Tym samym w żadnym wypadku, w zakreślonym przez odwołującego stopniu, nie doszło do niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą DAJK, dotyczących treści złożonej oferty, co doprowadziło do jej zmiany w zakresie zaoferowania innego modułu niż pierwotnie wskazany szczególnie, że odwołujący nie udowodnił zarzutu niejednoznaczności oznaczenia produktu.

Podobnie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przez nieodrzućenie oferty DAJK, pomimo, iż jej treść jest niezgodna z ustawą, gdyż nie wskazuje nazwy konkretnego produktu w stopniu pozwalającym na jego jednoznaczną identyfikację. Jak stwierdziła Izba powyżej odwołujący nie udowodnił zarzutu niejednoznaczności oznaczenia produktu. W kontekście przedmiotowego zarzutu oraz argumentacji odwołującego Izba uznała zatem, że model modułu fotolitecznego zaoferowanego przez wykonawcę DAJK został opisany w sposób wskazany w SIWZ, a złożone następnie przez wykonawcę DAJK dokumenty umożliwiły jego identyfikację i badanie oferty.

W konsekwencji nieuwzględnienia ww. zarzutów, Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ w ustalonym stanie sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Sygn. akt KIO 2947/20

Przystępujący DAJK i ML SYSTEM S.A. w złożonych formularzach ofertowych jako producenta i model zasobnika dla zestawu składającego się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm³ o mocy minimum 6,52 kW podali: producenta GALMET i model SGW(S)B 400 W toku oceny ofert zamawiający zastosował tzw. procedurę odwróconą określoną w art. 24aa Pzp, co zostało przewidziane w rozdziale 8, pkt 8.6. SIWZ. W związku z tym zamawiający wymagał dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, w tym dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane instalacje kolektorów słonecznych wymagań określonych w SIWZ, wyłącznie od wykonawcy DAJK. Wykonawca ten na wezwanie zamawiającego, na potwierdzenie powyższego złożył kartę katalogową zbiorników typu SGW(S)B 400 podpisaną przez przedstawiciela producenta – firmy Galmet Sp. z o.o. Sp. k. (zwanej dalej:

„Galmet”), z której wynikało, że wysokość urządzenia została określona jako 1600 mm, co było zgodne z wymaganiem dotyczącym wysokości zasobnika określonym w załączniku nr 1.2 do SIWZ.

Odwołujący w swojej argumentacji wskazywał, że zasobniki o pojemności 400l zaoferowane przez obu przystępujących nie spełniają wymogu dotyczącego wysokości, ponieważ wysokość zasobnika wraz z izolacją o modelu SGW(S)B 400 produkowanego przez Galmet wynosi 1660 mm, czyli 1,66 m, a zatem więcej niż maksymalna wysokość zasobnika o pojemności 400l, określona przez zamawiającego jako 1,60 m. Odwołujący swoje twierdzenia poparł dowodami, które złożył na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Izba uznała złożone przez odwołującego dowody za nieprzekonujące w związku tym przyjęła jego twierdzenia za nieudowodnione.

Przed odniesieniem się do złożonych przez odwołującego dowodów należy wskazać w pierwszej kolejności, że wykonawca DAJK spełnił obowiązek wynikający z SIWZ w zakresie złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie przez zaoferowany zasobnik parametrów zawartych w pkt 10 załącznika nr 1.2 do SIWZ, ponieważ złożył kartę katalogową urządzenia, która potwierdzała spełnienie parametrów zawartych w SIWZ w tym zakresie.

Po drugie Izba dała wiarę dowodom złożonym przez przystępującego DAJK na posiedzeniu niejawnym, w tym szczególnie informacji z dnia 23 listopada 2020 r., w której firma Galmet jako producent zbiorników c.w.u. wskazała, że:

- standardowym zbiornikiem biwalentnym (dwuwęzownicowym) znajdującym się w materiałach reklamowych oraz katalogu tego producenta jest zbiornik typu SGW(S)B Tower Biwal, a nie zbiornik SGW(S)B, który jest produkowany jako zbiornik specjalny;

- zbiornik typu SGW(S)B jest niestandardowym produktem, którego szczegółowe parametry techniczne/wymiary są dopasowywane do konkretnej realizacji/wymagań i nie są opisywane na jego stronie internetowej ani w katalogu;
- zbiorniki typu SGW(S)B są każdorazowo produkowane na specjalne zamówienie i uwzględniają niezbędne parametry danej inwestycji takie jak np.: wydłużona gwarancja, konkretne wymiary zbiornika czy dodatkowe wyposażenie urządzenia.

Odwolujący na rozprawie podważał ww. dokument stwierdzając, że informacja z dnia 23 listopada 2020 r., nie zawiera w swej treści odniesienia do przedmiotowego postępowania, nie odnosi się do oferty przystępującego w tym także do produktu przez niego zaoferowanego, a ponadto dokument ten został sporządzony po terminie składania ofert. Skład orzekający nie podzielił argumentacji odwołującego wobec przedmiotowego dowodu. Nie może dyskredytować treści przedmiotowej informacji okoliczność braku odniesienia się do przedmiotowego postępowania. Niniejszą informację należało potraktować jako ogólne stwierdzenie producenta wyjaśniające sposób wytwarzania i oznaczania zasobników w zależności od okoliczności, ze wskazaniem jak oznaczane są zbiorniki standardowe, a jak oznaczane są zbiorniki niestandardowe, produkowane na specjalne zamówienie. Podobnie należało potraktować twierdzenie odwołującego dotyczące braku odniesienia się w informacji do oferty przystępującego, w tym także do produktu przez niego zaoferowanego. Skoro w informacji producent ogólnie opisał sposób produkcji i oznaczania zasobników, to nie ma znaczenia brak odniesienia do oferty przystępującego, ponieważ naturalnym jest, że wskazana tam praktyka powinna mieć zastosowanie także dla konkretnych realizacji. Skład orzekający uznał, że nie można było kategorycznie stwierdzić, iż ww. informacja nie odnosiła się do produktu zaoferowanego przez przystępującego DAJK, ponieważ wyraźnie został wskazany tam typ zasobników tj. SGW(S)B, który dookreślany jest przez oznaczenie pojemności, w którym liczba 400 wskazuje na pojemność o wartości 400l. Przystępujący zaoferował w swojej ofercie taki typ zasobników, który różnił się dla każdego zestawu liczbą informującą o pojemności. Nie miało znaczenia także to, że przedmiotowy dokument został sporządzony po terminie składania ofert. W trakcie badania oferty przystępującego DAJK zamawiający nie miał wątpliwości co do spełnienia paramentów zaoferowanych zasobników. Kwestia dotycząca spełnienia parametru wysokości zasobnika o pojemności 400l wynikała w związku z wniesionym odwołaniem. Nie może zatem dziwić, że przystępujący przygotowując się do postępowania przez Izba dążył do uzyskania dowodów, które mogły potwierdzić jego argumentację. W związku z tym Izba potraktowała przedmiotowy dokument jako złożony w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, a nie jako dokument przedmiotowy wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia wymogów w postępowaniu przez oferowany sprzęt.

Po trzecie, jak wskazano powyżej dokumentem potwierdzającym zgodność paramentów oferowanego zasobnika z wymogami zawartymi w SIWZ miała być karta katalogowa. Wykonawca DAJK taką kartę katalogową złożył, natomiast odwołujący nie przedstawił karty katalogowej nawiązującej do modelu zasobnika zaoferowanego przez wykonawcę DAJK, która uprawdopodobniałaby jego argumentację.

Przechodząc do omówienia dowodów złożonych przez odwołującego należy przypomnieć, że odwołujący w zakresie zarzutu odnoszącego się do parametru wysokości zasobnika złożył następujące dowody:

- instrukcję obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 400l, data produkcji 4 sierpnia 2020 r. (zwaną dalej: „dowodem nr 1”);
- instrukcję obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 200l, data produkcji 21 września 2020 r. (zwaną dalej: „dowodem nr 2”);
- oświadczenia osób fizycznych (szt. 3) – beneficjentów końcowych zamówienia publicznego *Odnawialne źródła energii w Gminie Wilków*, zrealizowanego przez odwołującego dotyczące parametrów posiadanych przez te osoby zasobników (podgrzewacza) c.w.u. SGW(S)B o pojemności 200l, 300l i 400l (zwane dalej: „dowodem nr 3”);
- wniosek o zatwierdzenie maszyn i urządzeń nr 1 z dnia 3 lipca 2020 r. na potrzeby realizacji zamówienia publicznego *Odnawialne źródła energii w Gminie Wilków* (zwany dalej: „dowodem nr 4”);
- instrukcję obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 400l (klasa A), data produkcji 5 listopada 2020 r. (zwaną dalej: „dowodem nr 5”);
- instrukcję obsługi dla zasobnika (podgrzewacza) c.w.u. typ SGW(S)B pionowy o pojemności 200l (klasa A), data produkcji 3 marca 2020 r. (zwaną dalej: „dowodem nr 6”).

Dowody oznaczone numerami od 1 do 4 dotyczyły realizacji zamówienia publicznego *Odnawialne źródła energii w Gminie Wilków*. Z dowodów nr 1, 2 i 4 tj. instrukcji obsługi i montażu, która została załączona do wniosku stanowiącego dowód nr 4 wynikało, że typ podgrzewacza użytego w tamtym postępowaniu został oznaczony jako SGW(S)B pionowy, natomiast z jednego z oświadczeń składających się na dowód nr 3 z 19 listopada 2020 r., złożonego przez panią U.M., model podgrzewacza został oznaczony jako SGW(S)B 400l. Przy czym dowody nr 1, 2 i 3 wskazywały, że podgrzewacz o pojemności 400l wyprodukowany został przez Galmet i posiadał wysokość wraz z izolacją – 1660 mm (166 cm). Z kolei w dowodach nr 5 i 6, typ podgrzewacza produkcji Galmet także został oznaczony jako SGW(S)B pionowy, przy czym w danych technicznych podgrzewacze zostały oznaczone jako SGW(S)B 200-400 (klasa A), a wysokość wraz z izolacją podgrzewacza o pojemności 400l została określona jako 1770 mm.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że w kontekście złożonych przez odwołującego dowodów należało przyjąć, iż pośrednio potwierdzały one treść informacji Galmet z dnia 23 listopada 2020 r. złożonej przez przystępującego DAJK na posiedzeniu niejawnym. Jak wskazano powyżej w informacji tej Galmet wskazał m. in., że zbiorniki typu SGW(S)B są każdorazowo produkowane na specjalne zamówienie i uwzględniają niezbędne parametry danej inwestycji takie jak np.: konkretne wymiary zbiornika. Złożone przez odwołującego dowody dotyczyły typu podgrzewacza oznaczonego zasadniczo jako SGW(S)B, po czym pojawiały się kolejne zwroty lub liczby w jego oznaczeniu, takie jak: pionowy, 400l, klasa A, przy czym modele te posiadały różną wysokość – 1660 mm (jak wynikało z dowodów nr 1-4) lub 1770 mm (jak wynikało z dowodów nr 5-6). Wobec powyższego oraz wobec niezłożenia przez odwołującego karty katalogowej zasobnika Galmet o pojemności 400l, a także mając na uwadze treść informacji z 23 listopada 2020 r. złożonej przez przystępującego DAJK, nie można było podważać treści tej informacji, co oznacza, że nic nie stało na przeszkodzie w uznaniu zbiorników typu SGW(S)B jako niestandardowych zbiorników, produkowanych przez Galmet, które są każdorazowo produkowane na specjalne zamówienie i uwzględniają niezbędne parametry danej inwestycji takie jak np.: konkretne wymiary zbiornika. W związku z tym Izba przyjęła, że odwołujący nie wykazał tożsamości zasobników wynikających ze złożonych przez niego dowodów z zasobnikiem zaoferowanym przez wykonawcę DAJK.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę DAJK oraz przez wykonawcę ML SYSTEM, w związku z niespełnieniem parametru w zakresie wysokości zaoferowanego zasobnika o pojemności 400l.

Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82

ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ML SYSTEM, pomimo że treść ww. oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie oznaczenia modelu modułu fotowoltaicznego, uznając przedmiotowy zarzut za przedwczesny. Jak wskazano powyżej w związku z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej wykonawca ML SYSTEM S.A. nie był wzywany do złożenia karty katalogowej ani certyfikatu dotyczącego modułu fotowoltaicznego, tym samym badanie jego oferty w zakresie zgodności zaoferowano modułu, w tym także w zakresie jego oznaczenia, nie zostało przeprowadzone przez zamawiającego. Izba w ramach postępowania odwoławczego nie dokonuje badania i oceny ofert, gdyż czynność tą wykonuje zamawiający. Izba rozpoznając odwołanie ocenia czynność dokonaną przez zamawiającego, do której był zobowiązany na podstawie Pzp, a nie dokonuje jej za zamawiającego. Ponadto w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wobec niepotwierdzenia się żadnego zarzutu wobec oferty przystępującego DAJK, która została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, przedmiotowy zarzut nie miałby wpływu na wynik postępowania. Dodatkowo w wyniku uznania przedmiotowego zarzutu za przedwczesny, Izba pominęła wszystkie dowody złożone przez odwołującego i przystępującego ML SYSTEM S.A. w związku z tym zarzutem. W związku z oddaleniem powyższych zarzutów, nie mógł zostać uwzględniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ jak stwierdził już sam odwołujący, zarzut ten stanowił konsekwencję powyższych zarzutów, zatem ich oddalenie musiało skutkować oddaleniem tego zarzutu. Tym samym w ustalonym stanie sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem wszystkie odwołania zostały przez Izbę oddalone.

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego, w sprawach o sygn. akt KIO 2945/20 i KIO 2947/20, był art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisów od odwołań uiszczonych przez odwołujących oraz zasądzając od odwołujących na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturami złożonymi na rozprawie przez zamawiającego.

Przewodniczący:.....