

WYROK

z dnia 23 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie **23 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **2 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **EKO-SOLAR sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 266 instalacji wytwarzania energii z odnawialnych źródeł energii oraz 12 instalacji wytwarzania energii cieplnej z odnawialnych źródeł energii* (nr postępowania 2/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasteczkie Towarzystwo Gospodarcze z siedzibą w Miastku**

przy udziale wykonawcy: **FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach, a w ramach powtórzonych czynności w prowadzonym postępowaniu – wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie karty katalogowej oferowanego modułu fotowoltaicznego, przy czym Zamawiający może wziąć pod uwagę dokumenty, które otrzymał od Przystępującego na rozprawie.

2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciążyć Odwołującego w 4/5 a Przystępującego w 1/5 i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 4000 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące złotych zero groszy) odpowiadającą 1/5 uiszczonego wpisu od odwołania,

3) zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 2880 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy) odpowiadającą 4/5 uzasadnionych kosztów poniesionych przez Przystępującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Słupsku**.

Uzasadnienie

Miasteczkie Towarzystwo Gospodarcze z siedzibą w Miastku {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”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 266 instalacji wytwarzania energii z odnawialnych źródeł energii oraz 12 instalacji wytwarzania energii cieplnej z odnawialnych źródeł energii* (nr postępowania 2/2020)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 29 czerwca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_123 pod poz. 301091.

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

22 września 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach {dalej również: „FlexiPower” lub „Przystępujący”}.

2 października 2020 r. EKO-SOLAR sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie {dalej również: „Eko-Solar” lub „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia FlexiPower z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 16 – przez zaniechanie wykluczenia FlexiPower z postępowania, pomimo że wprowadziło (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2. Art. 24 ust. 1 pkt 17 – przez zaniechanie wykluczenia FlexiPower, pomimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do parametrów i właściwości urządzeń, które mają być zastosowane w toku realizacji zamówienia.

3. Art. 26 ust. 3 i 4 – przez niewezwanie FlexiPower do złożenia wyjaśnień dotyczących parametrów i właściwości zaofertowanych urządzeń, pomimo że: po pierwsze – występują rozbieżności pomiędzy kartami przedstawionymi przez nie a tymi udostępnianymi przez producenta tych konkretnych urządzeń, a po drugie – nawet przy uwzględnieniu informacji zamieszczonych w przedłożonych katalogach widoczne jest, że urządzenia nie spełniają wymogów przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez błędne przyjęcie, że oferta FlexiPower odpowiada wymaganiom przewidzianym w SIWZ, a w konsekwencji nieodrzućcie tej oferty, podczas gdy proponowane przez FlexiPower moduły nie spełniają licznych parametrów istotnych z punktu widzenia SIWZ oraz kluczowych dla prawidłowego zrealizowania zamówienia.

5. Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez błędne przyjęcie, że oferta FlexiPower nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nieodrzućcie tej oferty, podczas gdy FlexiPower w wyjaśnieniach nie tylko nie wykazało możliwości zrealizowania zamówienia przy uwzględnieniu cen i wynagrodzeń przyjętych jego ofercie, ale przede wszystkim oferta została

przygotowana w oparciu o elementy tańsze, które nie są zgodne z SIWZ i w konsekwencji w sposób niezgodny z prawem zaniżają cenę tej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty FlexiPower jako najkorzystniejszej.
2. Ponownego badania i oceny ofert połączonego z odrzuceniem oferty FlexiPower.

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

Odwołujący stwierdził na podstawie udostępnionych mu dotychczas dokumentów, że nie tylko moduły zaoferowane przez FlexiPower nie spełniają wymagań przewidzianych w SIWZ, dodatkowo Zamawiający został wprowadzony w błąd, gdyż przedłożono mu karty katalogowe nie pochodzące od producenta SinoSola (tzn. inne niż udostępniane na stronie internetowej), co wzbudza uzasadnione wątpliwości co do rzetelności działania FlexiPower.

Odwołujący podkreślił, że wartości wskazane w obydwu wersjach karty katalogowej potwierdzają, że moduł fotowoltaiczny zaoferowany przez FlexiPower nie spełnia wszystkich wymagań przewidzianych w SIWZ tj. co najmniej 4 istotne parametry nie są spełnione, a ponadto brak informacji potwierdzających wykonanie ogniw w technologii PERC oraz wzmocnienie narożników modułu {poniżej zamieszczono wyciąg z tabeli zamieszczonej w odwołaniu w zakresie parametrów niespełnianych lub parametrów odmiennie wykazanych w dwóch wersjach karty katalogowej}.

	Parametr	Wartość	Dopuszczalne odchylenie	Parametry wg karty katalogowej FlexiPower	Parametry wg karty katalogowej producenta
	Technologia wykonania	PERC, 60 celi	niedopuszczalne	brak informacji o technologii PERC	brak informacji o technologii PERC
	Utrata wydajności w ciągu 12 lat	maksymalnie 10%^	niedopuszczalne	3% po 1 roku + 0,7% x 11 lat = 10,7% – nie spełnia	nie mniejsza niż 90%
	Utrata wydajności w ciągu 25 lat	maksymalnie 20%	niedopuszczalne	3% po 1 roku + 0,7% x 24 lata = 19,8%	nie mniejsza niż 80%
Parametry elektryczne NOCT (800 W/m ² AM 1,5)					
	Moc znamionowa (szczytowa P _{max})	245 Wp	+% brak ograniczeń, - 0%	234 – nie spełnia	234 – nie spełnia
	Natężenie przy mocy znamionowej (I _{mp})	8,1 A	max 9 A min 6 A	9,38 A – nie spełnia	9,38 A – nie spełnia
Charakterystyka mechaniczna					
	Wymiary modułu	1710 x 1000 x 35 mm	+ 50 mm - 50 mm	1640 x 992 x 35 mm*	1640 x 992 x 35 mm*
	Przewody doprowadzające prąd	min. 2 x 4 mm ² , biegun dodatni oraz ujemny, długość min. 1000 mm	+% brak ograniczeń, - 0%	sprzeczność – w opisie 1000 mm, na rysunku 900 mm	w opisie i na rysunku 900 mm – nie spełnia
	Rama	aluminium anodowane, 100% wykonana z aluminium, wzmocnione narożniki, rama wyposażona w otwory odprowadzające wodę i nieczystości z powierzchni modułów	niedopuszczalne	brak informacji	brak informacji
	Max napięcie DC	1000 V	niedopuszczalne	1000 V	1500 V
	Max obciążenie prądem	15 A	niedopuszczalne	15 A	20 A
	Gwarancja na produkt	15 lat		15 lat	12 lat – nie spełnia
	Inne dokumenty wymagane dla każdego modułu	flash test, test EL		brak informacji o flash test	brak informacji o flash test

* w odwołaniu adnotacja: „w odp. Zamawiający uznał parametr nieistotny”

Według Odwołującego wątpliwości budzą także informacje dotyczące posiadania przed FlexiPower odpowiedniej kadry pracowniczej spełniającej wymagania Zamawiającego, zwłaszcza że w tym samym czasie FlexiPower realizuje – jak samo wskazuje – wiele innych równoległych inwestycji na terenie całego kraju. Na moment składania odwołania brak było dokumentów, które w sposób niebudzący wątpliwości wykazałyby, że do realizacji tego zamówienia zostaną skierowane osoby posiadające kwalifikacje i doświadczenie, jak było to wymagane w pkt 5.1.2. pkt 3) lit. b SIWZ, jak również dysponowanie faktycznie sprzętem i narzędziami umożliwiającymi wykonanie tego zamówienia, zwłaszcza że FlexiPower w wyjaśnieniach wskazuje, że w żadnym zakresie nie będzie korzystał z podwykonawców.

Odwołujący wywiódł, że:

- przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania (tak np. wyrok Izby z 2.02.2018 r. sygn. akt KIO 113/18);
- wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp może nastąpić tylko w sytuacji, gdy wykonawca przedstawia informacje prezentujące fałszywy obraz okoliczności istotnych z punktu widzenia przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i robi to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp) albo w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp);
- informacja niezgodna z rzeczywistością, nieprawdziwa (wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak m.in. wyrok Izby z 18.04.2017 r. sygn. akt KIO 576/17);
- jak wynika z regulacji art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, chodzi o kategorię informacji, które hipotetycznie mogą mieć istotny

wpływ na decyzje zamawiającego, gdyż celem wprowadzenia tej regulacji jest także zapobieganie nieuczciwym bądź nierzetelnym działaniom wykonawców, a nie tylko eliminacja z postępowania wykonawcy, który dopuścił się czynu określonego w tym przepisie (tak np. wyrok Izby z 31.07.2018 r. sygn. akt KIO 1401/18);

- dla podstaw wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp nie ma przesądzającego znaczenia, czy zamawiający w konsekwencji przedstawienia danych informacji rzeczywiście dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia określonych decyzji, gdyż z logicznego punktu widzenia przepisy te znajdują zastosowanie wtedy, kiedy zostanie ujawnione, że dane informacje są nieprawdziwe (wprowadzające w błąd), co może mieć miejsce zarówno po podjęciu przez zamawiającego danej decyzji, jak i przed (tak Izba w wyroku z 20.12.2018 r. sygn. akt KIO 2547/18).

Odwolujący podkreślił, że FlexiPower świadomie i kilkakrotnie oświadczało, że oferowane przez nie urządzenia spełniają wymagania SIWZ, choć w rzeczywistości tak nie było, co na gruncie regulacji z obszaru prawa zamówień publicznych jawi się jako zachowanie niedopuszczalne oraz dające podstawy do wykluczenia z przetargu podmiotu nielojalnego wobec Zamawiającego i innych uczestników procedury przetargowej.

Według Odwołującego:

- mało prawdopodobne jest, aby FlexiPower nie było świadome, że przedkłada Zamawiającemu karty katalogowe, które nie odpowiadają tym udostępnianym przez samego producenta modułów;

- o wprowadzeniu w błąd może świadczyć również okoliczność, że pomimo oczywistej niezgodności parametrów FlexiPower nie starało się tej rozbieżności wyjaśniać ani nie twierdziło, że parametry w oferowanym urządzeniu są co najmniej równoważne wymagany;

FlexiPower przekazywało dokumenty Zamawiającemu, które nie potwierdzały zapewnień składanych w ofercie FlexiPower, a takie zachowanie na gruncie regulacji z obszaru prawa zamówień publicznych jawi się jako niedopuszczalne oraz dające podstawy do wykluczenia z przetargu jako podmiotu nielojalnego wobec Zamawiającego i innych uczestników procedury przetargowej.

Zdaniem Odwołującego FlexiPower nie wykazała, że przy zachowaniu należytej staranności w odniesieniu do zastrzeżonych jako poufne informacji podjęło działania mające na celu utrzymanie ich w poufności, w szczególności w zakresie dokumentów związanych z wyjaśnianiem kwestii rażąco niskiej ceny. W dokumentacji przetargowej nie ma bowiem jakiegokolwiek potwierdzenia, że informacje przekazywane przez FlexiPower w jakimkolwiek zakresie są chronione dzięki procedurom organizacyjnym, technicznym i prawnym obowiązującym w ramach jego przedsiębiorstwa, co jest warunkiem koniecznym uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa FlexiPower. W konsekwencji w ocenie Odwołującego FlexiPower stara się w sposób nieuzasadniony ograniczyć możliwość weryfikacji jego oferty przez pozostałych oferentów.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że w uproszczonym kosztorysie, o którym mowa w załączniku do pisma FlexiPower z 11.08.2020 r., nie mogą być widoczne wszystkie składniki cenotwórcze. Innymi słowy za pomocą jedynie uproszczonego kosztorysu FlexiPower nie jest w stanie udowodnić, że posiada odpowiedni sprzęt, narzędzia i personel potrzebne do realizacji tego zamówienia. Co więcej z powyższego pisma wynika, że FlexiPower wskazuje na ceny tylko niektórych materiałów, a nie na wszystkie ceny, choć przy takiej różnicy względem założeń kwotowych Zamawiającego konieczne było pełne i rzetelne uargumentowanie tego, że nie wystąpiła rażąco niska cena. Zdaniem Odwołującego rzetelność wymagała odniesienia się do wszelkich zapisów oferty zawierających cenę i uzasadnienia każdej pozycji kosztorysowej z osobna za pomocą wyliczeń matematyczno-ekonomicznych oraz dowodów z dokumentów, co w realiach sprawy nie miało miejsca. Natomiast Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom FlexiPower jedynie na podstawie jego twierdzeń oraz załączonych 4 ogólnych dokumentów, co nie powinno mieć miejsca.

Według Odwołującego pomimo że zgodnie z art. 90 ust. 3 pzp zamawiający dysponuje uprawnieniem do swobodnej oceny wyjaśnień wzywanego wykonawcy i brak jest konkretnego katalogu dowodów, które oferent powinien przedstawić w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny, ocena ta nie może być jednak dokonana w sposób dowolny, a w szczególności musi uwzględniać treść art. 90 ust. 2 pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie

Jedynie z ostrożności Odwołujący podniósł, że z uwagi na istotne rozbieżności pomiędzy kartą katalogową przedłożoną przez FlexiPower a kartą udostępnianą przez producenta modułów oraz niepotwierdzenie wymaganych parametrów nawet przez złożoną kartę katalogową, Zamawiający powinien był rozważyć wezwanie FlexiPower do złożenia stosownych wyjaśnień, co z przyczyn nieznanych Odwołującemu nie zostało uczynione.

6 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 19 października 2020 r. oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący FlexiPower zgłosił do protokołu sprzeciw co do tej czynności Zamawiającego.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, biorąc pod uwagę, że Przystępujący zgłosił sprzeciw, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, na którą w imieniu Odwołującego nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Przystępujący zajął na rozprawie następujące stanowisko.

Podkreślił, że na etapie składania ofert wymagane było jedynie złożenie formularza oferty i oświadczeń o spełnianie warunku udziału w postępowaniu, przy czym w formularzu wystarczyło wskazać cenę za realizację przedmiotu zamówienia, bez precyzowania przedmiotu oferty, a zakwestionowane karty katalogowe zostały złożone dopiero na wezwanie Zamawiającego, gdy okazało się, że przy odrzuceniu drugiej oferty oferta Przystępującego jest najwyższej oceniona (poza tym została jeszcze tylko oferta Odwołującego).

Zauważył, że Zamawiający uznał zasadność odwołania, choć nie wzywał Przystępującego do usunięcia podnoszonych w odwołaniu nieścisłości w trybie art. 26 ust. 3 pzp, do czego zobowiązuje go ustawa pzp, gdyż

Przystępujący nie był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów.

Biorąc pod uwagę, że Izba wydając wyrok bierze stan rzeczy ustalony w toku sprawy, złożył dokumenty, które – jak zadeklarował – zostałyby złożone Zamawiającemu, gdyby wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia braków, które podniósł Odwołujący w odwołaniu:

- 1) kartę katalogową w języku angielskim oraz w języku polskim,
- 2) oświadczenie producenta w języku angielskim wraz z tłumaczeniem – potwierdzające parametry dla oferowanego modułu SA320-60M;
- 3) dokument rejestrowy dla producenta w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski;
- 4) oświadczenie dystrybutora tego producenta na terenie Polski, że moduły Sinosola SA32060M spełniają parametry wymagane przez Zamawiającego, a wszelkie nieścisłości związane z różnicami w kartach katalogowych są jedynie wynikiem błędów w tłumaczeniu z języka angielskiego, a ponadto karty na stronie internetowej mogą różnić się od kart przedkładanych wykonawcy, gdyż poszczególne modele modułów wykonywane są w różnych wersjach.

Wyjaśnił, że z uwagi na postęp technologiczny, jak i długotrwałą współpracę z producentem za pośrednictwem jego dystrybutora zwraca się do producenta o produkt, który będzie spełniał parametry wymagane w danym postępowaniu, a producent jest w stanie zmodyfikować seryjnie produkowane moduły na potrzeby Przystępującego.

Wskazał, że karty katalogowe, które Odwołujący uznaje za właściwe nie są kartami katalogowymi producenta, a tłumaczeniami kart katalogowymi dokonanymi przez jego dystrybutora, stąd mogły się pojawić rozbieżności.

Zauważył, że charakter karty katalogowej różni się od np. certyfikatu potwierdzającego ściśle parametry na podstawie przeprowadzonych badań empirycznych przez stosowne laboratorium, gdyż w tym przypadku jest to oświadczenie producenta, informacja o parametrach produkowanych urządzeń, co nie oznacza, że parametry te nie mogą ulec modyfikacji.

Ponadto wskazał, choć nie miało to jego zdaniem znaczenia rozstrzygającego dla sprawy, że niektóre z informacji w tabeli odwołania nie odzwierciedlają parametrów wymaganych w tym postępowaniu (temperaturowy współczynnik – powinno być 0,04%/C tzn. wartość dodatnia) lub źle zostały przepisane z karty katalogowej (parametr natężenie przy mocy znamionowej – powinno być 7,68 A).

Przystępujący ocenił również jako niezasadny zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności zauważył, że dwie odrzucone oferty przez Zamawiającego zawierały cenę niższą niż cena oferty Przystępującego, z kolei oferta Odwołującego ma cenę przekraczającą kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na realizację tego zamówienia. Jego zdaniem również wyjaśnienia zostały złożone prawidłowo, gdyż w szczególności zawierają kalkulację realizacji zamówienia popartą oświadczeniami producentów lub dystrybutorów potwierdzających współpracę z Przystępującym, co wskazuje na możliwość zaoferowania konkurencyjnych cen. Podkreślił, że Zamawiający pierwotnie uznał te wyjaśnienia za wystarczające.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Zamawiającego 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:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro jest wykonawcą, który złożył w nim ofertę. Odwołujący może również ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, gdyż uniemożliwia mu to uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W odwołaniu nie sprecyzowano, na czym konkretnie miałyby polegać niewykazanie przez FlexiPower spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.2. pkt 3) lit. b s.i.w.z., gdyż nawet nie podano – poza ogólnikowym wskazaniem, że dotyczy on dysponowania osobami posiadającymi określone kwalifikacje i doświadczenie – treści tego warunku. Tym bardziej nie wiadomo, na czym miałyby polegać wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez FlexiPower przy potwierdzaniu spełnienia takiego warunku. Ponadto Odwołujący sam wskazał odwołaniu, że ma wątpliwości co do informacji podanych przez FlexPower, a zatem sam nie jest pewien, a tym bardziej nie przedstawił żadnych dowodów, do czego był zobligowany z mocy art. 190 ust. 1 pzp.

Karta katalogowa w jęz. polskim (pobrana ze strony internetowej), którą Odwołujący uważa za oryginalną kartę katalogową producenta Sinosola, dotyczy sześciu modeli monokrystalicznych modułów fotowoltaicznych 60ogniwowych o oznaczeniach: SA300-60M, SA305-60M, SA310-60M, SA315-60M, SA320-60M i SA325-60M.

Karta katalogowa w jęz. polskim, którą FlexiPower złożyło Zamawiającemu w odpowiedzi na pkt 4. skierowanego przez niego w trybie art. 26 ust. 1 pzp wezwania do złożenia dokumentów, dotyczyła wyłącznie modelu o oznaczeniu SA320-60M.

Ponieważ producentem tych monokrystalicznych modułów fotowoltaicznych jest Yuhuan Sinosola Science & Technology Co. Ltd. z siedzibą w Yuhuan w Chinach {dalej w skrócie: „Sinosola”}, oryginalne karty katalogowe są w języku chińskim lub angielskim, a wersja polska jest wynikiem ich tłumaczenia, przy czym nie można wykluczyć, że w procesie tłumaczenia pojawiają się błędy.

Przed wszystkim nie zostało podważone twierdzenie Przystępującego, które popartł złożonymi na rozprawie pisemnymi oświadczeniami, zarówno powyżej wskazanego producenta, jak i jego polskiego dystrybutora, Afore Polska sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach {dalej: „Afore”}, że poszczególne modele modułów mogą zostać wykonane w różnych wersjach, które mogą różnić się szczegółowymi parametrami, dostosowanymi do wymagań danego klienta końcowego. Natomiast Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie do zamknięcia rozprawy dowodów przeciwnych, do czego był zobowiązany na mocy art. 190 ust. 1 pzp.

W zakresie dysponowania przez FlexiPower potencjałem osobowym i technicznym (sprzętem i narzędziami) wymaganym na potrzeby tego zamówienia Odwołujący ograniczył się do wyrażenia tym zakresie wątpliwości, nie precyzując przy tym, co dokładnie było wymagane w ramach warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej i na czym konkretnie miałyby polegać niespełnienie tych warunków przez FlexiPower.

Izba stwierdziła, że zarzuty związane z wykluczeniem FlexiPower są niezasadne.

W aktualnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

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

– lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

– jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};

– jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

Skoro Odwołujący nie był w stanie nawet sprecyzować, na czym konkretnie miałyby polegać wprowadzenie przez FlexiPower w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu – zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp należało uznać za oczywiście bezzasadny.

Z kolei ponieważ nie zostało wykazane przez Odwołującego, że zaoferowany przez FlexiPower moduł fotowoltaiczny obiektywnie nie może spełniać wszystkich parametrów opisu przedmiotu zamówienia lub że FlexiPower wprowadziło w błąd Zamawiającego przedstawiając kartę katalogową nieodpowiadającą oryginalnej karcie katalogowej producenta, za niezasadny również należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3. i 4. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne :

W pkt 6.4. ppkt 3 s.i.w.z. Zamawiający określił, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w celu wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań przez niego określonych następujących dokumentów:

- a) karty katalogowej oferowanego systemu montażowego zawierającej parametry techniczne w języku polskim,
- b) kart katalogowych oferowanych systemów PV,
- c) aktualne certyfikaty CE dopuszczające produkt lub urządzenie do obrotu na obszarze Europy.

Niesporne było, że karta katalogowa złożona przez FlexiPower na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp nie potwierdziła spełnienia przez oferowany moduł fotowoltaiczny wymagań Zamawiającego, czyli parametrów opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanych w odwołaniu parametrów, tj.:

- 1) wykonania modułów w technologii PERC,
- 2) utraty wydajności w ciągu 12 lat nie większej niż 10%,
- 3) mocy znamionowej (szczytowej P_{max}) wg NOCT nie mniejszej niż 245 Wp,
- 4) długości przewodów doprowadzających prąd nie mniejszej niż 1000 mm,
- 5) wzmocnienia narożników aluminiowej ramy wyposażonej w otwory odprowadzające wodę i nieczystości z powierzchni modułów.

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

Natomiast w odniesieniu do parametru elektrycznego natężenia przy mocy znamionowej (I_{mp}) wg NOCT, który miał mieścić się przedziale 6-9 A, zarówno z karty katalogowej złożonej Zamawiającemu przez FlexiPower, jak i z karty katalogowej uzyskanej przez Odwołującego wynika, że dla modelu o oznaczeniu SA320-60M parametr ten wynosi 7,68 A, a nie jak wpisano w odwołaniu 9,38 A.

Wobec braku wyjaśnienia w treści odwołania, jakie konkretnie 4 parametry {nie licząc cech z pkt 1) i 5) powyżej}, miałyby zostać niepotwierdzone, Izba na podstawie analizy tabeli zamieszczonej w odwołaniu przyjęła, że chodzi o parametry z pkt 2)-4) powyżej {z uwzględnieniem powyżej wskazanego błędu w ustaleniach poczynionych w odwołaniu}. W szczególności Izba nie uznała za objęte tak sprecyzowanymi zarzutami: wymiarów modułu (zwłaszcza wobec treści adnotacji zamieszczonej przez Odwołującego) i poz. „Inne dokumenty wymagane dla każdego modułu” – „Flash test, test EL”, gdyż zamieszczona w tabeli odwołania adnotacja „brak informacji o flash test” jest enigmatyczna i nie jest jasne, jak się ma do opisu wymagania sformułowanego przez Zamawiającego.

Jednocześnie, wobec braku twierdzeń i dowodów przeciwnych ze strony Odwołującego, należało przyjąć, że złożona przez FlexiPower karta katalogowa, z której wynikało niespełnianie powyższych {dotyczy pkt 2)-5)} parametrów opisu przedmiotu zamówienia, nie odpowiada (na skutek błędów w tłumaczeniu) oryginalnej karcie katalogowej w języku angielskim, względnie nie odzwierciedla parametrów modułu o oznaczeniu modelu SA320-60M w wersji zmodyfikowanej przez jego producenta adekwatnie do wymagań opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu.

Jednakże Izba nie mogła wziąć pod uwagę w ramach stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, o którym mowa w art. 191 ust. 2 pzp, złożonych na rozprawie przez Przystępującego karty katalogowej i oświadczenia producenta SinoSola, które miałyby zostać złożone Zamawiającemu, gdyby wystosował do FlexiPower wezwanie w trybie art. 26 ust.

3 pzp, gdyż Zamawiający zaniechał takiej czynności, co stało się przedmiotem jednego z zarzutów odwołania, a w konsekwencji wadliwie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którego do zamknięcia rozprawy nie unieważnił. 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 Izłą w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izłą nie są fazą postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że alternatywny zarzut dotyczący oferty FlexiPower jest zasadny.

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 obciąża 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 wycieczonych 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 wyzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

O ile zatem w ustalonych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty FlexiPower na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp należy uznać za przedwczesne, o tyle Zamawiający nie miał podstaw faktycznych, aby dokonać wyboru tej oferty, gdyż złożona na jego wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp karta katalogowa nie potwierdzała spełniania wszystkich parametrów opisu przedmiotu zamówienia. Ponieważ Zamawiający nie wzywał w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów, potwierdził się alternatywny zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 pzp.

Biorąc pod uwagę oświadczenie Przystępującego, że na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp złożyłby dokumenty, które przekazał Zamawiającemu jako odpisy dokumentów złożonych przed Izbą na rozprawie, Zamawiający może po unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i wystosowaniu takiego wezwania, wziąć je pod uwagę, np. zakreślając FlexiPower termin do uzupełnienia dokumentów z zastrzeżeniem, że w razie niezłożenia innych dokumentów weźmie pod uwagę dokumenty już otrzymane na rozprawie.

Wskazać również należy, że termin „karta katalogowa” 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 należy uznać oświadczenie uzupełniające złożone przez któryś z tych podmiotów, zwłaszcza w sytuacji, gdy przedmiot oferty obejmuje produkt specjalnie zmodyfikowany na potrzeby tego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 5. listy zarzutów}
Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne :

W postępowaniu złożono oferty z następującymi cenami (uszeregowanymi od najwyższej do najniższej): 1) 8.992.466,90 zł (Eko-Solar), 2) 6.569.063,51 zł (FlexiPower), 3) 5.603.891,32 zł, 4) 5.279.316,40 zł, co oznacza, że średnia arytmetyczna cena wszystkich złożonych ofert wyniosła 6.611.184,53 zł, przy czym Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, że na sfinansowanie tego zamówienia zamierza przeznaczyć 8.656.906,37 zł.

Pismem z 5 sierpnia 2020 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp wystosował do FlexiPower wezwanie, wskazując, że ponieważ powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. za zaproponowaną cenę, prosi o wyjaśnienie i przedstawienie ewentualnych dowodów potwierdzających możliwość wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Pismem z 11 sierpnia 2020 r. FlexiPower udzieliło wyjaśnień, w których powołało się na takie czynniki umożliwiające obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jak optymalizacja zatrudnienia, optymalizacja cen zakupu materiałów i posiadanie zaplecza serwisowego na terenie woj. pomorskiego, a także przedstawiło uproszczoną kalkulację kosztów wykonania zamówienia odrębnie dla każdej z instalacji z rozbiem na koszty zakupu poszczególnych elementów składowych oraz kosztów montażu i uruchomienia, popartą oświadczeniami trzech dostawców kluczowych elementów potwierdzającymi współpracę na potrzeby realizacji tego zamówienia.

Reasumując, wezwanie Zamawiającego nie precyzowało żadnych konkretnych wątpliwości, a wręcz zostało oparte na innej niż art. 90 ust. 1 i 1a ustawy pzp podstawie prawnej, z drugiej strony w ramach wyjaśnień przedstawiona została kalkulacja realizacji zamówienia, jak należało wywnioskować, oparta na cenach dostawców kluczowych elementów instalacji, którzy potwierdzili swoją współpracę na potrzeby wykonania tego zamówienia.

Odwołanie nie zawiera żadnego alternatywnego i popartego dowodami wyliczenia kosztów realizacji tego zamówienia, a jedynie ogólnikowe zakwestionowanie złożonych wyjaśnień, przy czym Odwołujący nie znał treści kalkulacji objętych przez FlexiPower tajemnicą przedsiębiorstwa i bez wnoszenia o ich odtajnienie zdecydował się na stawianie zarzutów w ciemno.

Izba stwierdziła, że zarzut związany z ceną oferty FlexiPower jest niezasadny.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący adekwatnie do wezwania wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie ze spoczywającym na nim w tym zakresie ciężarem dowodu.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji

pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie zarówno cena oferty Przystępującego odbiegała jedynie o 25% od oszacowania Zamawiającego, a jednocześnie niemal odpowiada średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, stąd skierowanie do FlexiPower wezwania, zresztą w trybie innego przepisu niż art. 90 ust. 1 pzp, należy rozpatrywać jako przejaw nadmiernej ostrożności Zamawiającego, gdyż wyłącznie w sytuacji nieudzielenia jakichkolwiek wyjaśnień miałby on podstawę prawną do odrzucenia oferty.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy 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 na mocy art. 190 ust. 1 pzp 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 z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania tak, a nie inaczej opisano okoliczności faktyczne, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie przez FlexiPower wyjaśnienia. W szczególności z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez FlexiPower obiektywnie nie dało się zrealizować tego zamówienia.

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp przez Zamawiającego, dzielając w pełni powyżej zrelacjonowane stanowisko Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 3. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i b pzp. w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz uzasadnione koszty Przystępującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie rachunku przedłożonego do zamknięcia rozprawy, z ograniczeniem jego wysokości do kwoty maksymalnej wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia), Odwołującego w 4/5 i Przystępującego w 1/5, skoro spośród pięciu zasadniczych zarzutów odwołania potwierdził się tylko jeden.