Sygn. akt: KIO 227/20

WYROK

z dnia 13 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 lutego 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2020r. przez wykonawcę FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej Kudrowice 12 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Sokołów Małopolski z siedzibą w Sokołowie Małopolskim, ul. Rynek 1

przy udziale wykonawcy Polskie Centrum Wody spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jaśle, ul. Krzysztofa Kamila Baczyńskiego 16 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 227/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania ofert i wykluczenie Polskie Centrum Wody spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jaśle z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z uwagi na podanie informacji wprowadzającej w błąd, co do posiadania doświadczenia zawodowego w postaci dostaw zestawów instalacji kolektorów słonecznych, co doprowadziło do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie odrzucenia oferty Polskie Centrum Wody spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedziba w Jaśle na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na brak podania w sposób jednoznaczny modelu i producenta zasobnika, jak

wymagał zamawiający w załączniku nr 3 - formularzu ofertowym, w pozostałym zakresie odwołanie oddala

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Sokołów Małopolski z siedzibą w Sokołowie Małopolskim, ul. Rynek 1 i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Woli

Zaradzyńskiej Kudrowice 12 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gmina Sokołów Małopolski z siedzibą w Sokołowie Małopolskim, ul. Rynek 1 na rzecz wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej Kudrowice

12 kwotę 18 600zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 227/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sokołów Małopolski zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 4 września 2019r. za numerem 2019/S 170-414779.

W dniu 23 stycznia 2020r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polskie Centrum Wody spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

W dniu 3 lutego 2020r. na tę czynność oraz na zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i zaniechanie odrzucenia jego oferty odwołanie wniósł wykonawca FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej Kudrowice 12. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu komplementariusza spółki komandytowej, upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisami z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 3 lutego 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

I. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp. k., podczas gdy oferta ta, w formularzu ofertowym, zawiera opis oferowanych dostaw niezgodny z wymaganiami zamawiającego tj. nie zawiera pełnej informacji o producencie oferowanego urządzenia i jego modelu,

II. art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybór oferty Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ,

III. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., podczas gdy Wykonawca pismem z dnia 14 listopada 2019 r. usiłował dokonać niedopuszczalnej czynności zmiany treści oferty po terminie składania ofert, co stanowi niedopuszczalną przepisami ustawy czynność wykonawcy,

IV. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k w warunkach wprowadzenia przez tego Wykonawcę zamawiającego w błąd co do okoliczności spełniania warunku określonego w punkcie 6.2.3. SIWZ, które miały potwierdzać referencje z dnia 7 marca 2019 r. udzielone przez SOLAR W. P. W., co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia-wybór najkorzystniejszej oferty,

V. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., podczas gdy nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu,

VI. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu, i która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu.

Wniósł o:

I. uwzględnienie odwołania,

II. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

HI. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty

IV. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty względem Polskie Centrum Wody sp. z o.o. i w jej wyniku odrzucenie tej oferty,

Nadto o:

VI. orzeczenie na rzecz odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,

VII. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

VIII. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - P. W. - Ostrowy Baranowskie 141 a, 36 -105 Cmolas na okoliczność wykonywania przez Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. dostaw i montażu na rzecz SOLAR W. P. W. w ramach zadania „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Józefów", zgłoszenia przez P. W. wykonawcy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. jako podwykonawcę w przedmiotowym postępowaniu, treści referencji z dnia 7 marca 2019 r.

IX. zobowiązanie zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sokołów Małopolski.

RGZP.271.2.1.2019.GD

Odwołujący wskazał, że w razie wystąpienia przesłanek wykluczenia Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. lub odrzucenia oferty tego wykonawcy, najwyżej ocenioną ofertą w części I zamówienia będzie oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k., a zatem odwołujący podniósł, ze ma interes w uzyskaniu zamówienia.

W ramach zamówienia wykonawca Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. zaoferował

kolektor - Ensol 2,52 oraz zasobnik KL Energy.

Dowód:

-formularz ofertowy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. (w aktach postępowania).

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. przedstawiła w wykazie dostaw, że wykonała Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Józefów na rzecz SOLAR W. P. W. .

Dowody:

- wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (w aktach postępowania).

- referencje z dnia 7 marca 2019 r. (w aktach postępowania).

W dniu 23 stycznia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dowód:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (w aktach postępowania).

Treść oferty wykonawcy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., w ocenie odwołującego, nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego . W załączniku nr 3 do SIWZ w zakresie części I zamówienia Wykonawca zaoferował urządzenia kolektor - ENSOL 2,52 oraz zasobnik KL Energy. Zamawiający wymagał, zgodnie z treścią formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SIWZ wskazania modelu urządzenia i nazwy producent. Do przedmiotowego formularza zostały załączone karty katalogowe urządzeń.

W zakresie zaoferowanego kolektora oświadczenie złożone w formularzu ofertowym jest niezgodne z załączoną kartą katalogową. Określenie ENSOL 2,52 oraz określenie KL Energy nie wskazują na model oferowanych urządzeń.

Modelami urządzeń są określenia „ES2V/2,52S AL-CU i ES2V/2,52B AL-CU" dla kolektora oraz „PDT 200, 250, 300, 400 A" dla zasobnika. Co istotne dla zasobnika, z treści formularza ofertowego nie jest możliwe nawet wywnioskowanie, czy oferowany jest model, którego kartę katalogową załączył Wykonawca z uwagi na fakt, że Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. wskazał jedynie nazwę producenta.

Wykonawca próbował dokonać zmiany treści oferty pismem z dnia 14 listopada 2019 r., 1 w którym wskazał, że w złożonym formularzu nastąpiła rzekoma omyłka pisarska i że treść formularza powinna obejmować dla kolektora nazwę „ENSOL ES2V/2,52S AL-CU, ES2V/2,52B AL-CU", a dla zasobnika nazwę „OEM ENERGY PDT 200 - 400 A" zgodnie z załączonymi kartami katalogowymi stanowiącymi załączniki nr 8 i 9 oferty. Przedmiotowe pismo wpłynęło do zamawiającego po upływie terminu składania ofert.

W ocenie odwołującego omyłka pisarska by została uznana za oczywistą, musi być widoczna i bezsporna, w tym znaczeniu, że każdy racjonalnie działający uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie w stanie, bez konieczności dodatkowych badań, ustaleń i wyjaśnień, ją dostrzec i jednocześnie mieć pewność co do prawidłowej treści oferty w poprawianym fragmencie.

Co więcej nawet gdyby przyjąć skuteczność poprawienia omyłki Wykonawca Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k. nie wskazał dla zasobnika odpowiedniego modelu dla konkretnej pozycji ofertowej, a jedynie , wskazał całą rodzinę modeli zasobników PDT 200 - 400 A.

Oferta jest zatem według odwołującego niezgodna z SIWZ w sposób dwojaki - po pierwsze niezgodność wyraża się w niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (za takim rozumieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 przemawia wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2013 r., KIO 2478/13), a także w niewskazaniu w sposób jednoznaczny zakresu oferowanych dostaw, nawet przy dopuszczeniu zmiany treści oferty, której dokonał w dniu 14 listopada 2019 r. Wykonawca.

Zamawiający, dla niniejszego postępowania wymagał w punkcie 6.2,3. SIWZ jako kryterium spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wymagał wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca wykonał należycie dostawę wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 150 instalacji (zestawów) - w ramach maksymalnie dwóch kontraktów.

Na potwierdzenie powyższego kryterium Wykonawca Polskie Wody Centrum przedstawił referencje (których , Zamawiający wymagał w punkcie 8.7.1. lit. a), w których SOLAR W. P. W. poświadczył, że Polskie Centrum Wody sp. z o.o. wykonała 160 kompletnych instalacji solarnych na domach prywatnych w ramach zamówienia ,,Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Józefów"

Mając wątpliwość, co do prawdziwości informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie odwołujący zwrócił się do Gminy Józefów z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w zakresie :

1. Czy Wykonawca SOLAR W. P. W. zgłaszał podwykonawców w przedmiotowym postępowaniu?

2. Jeżeli Wykonawca SOLAR W. P. W. zgłaszał podwykonawców w przedmiotowym postępowaniu, proszę o podanie imion i nazwisk lub nazw
; podwykonawców, którzy wykonywali zadanie w ramach podwykonawstwa na rzecz Gminy Józefów wraz z określeniem w jakiej części zadania Wykonawca SOLAR W. P. W. korzystał z usług podwykonawców,

3. Czy Gmina Józefów posiada informację o okoliczności, że Wykonawca SOLAR W. P. W. w ramach realizacji przedmiotowego zadania korzystał z usług podwykonawców bez zgłoszenia podwykonawstwa Gminie Józefów?

4. Jeżeli Gmina Józefów posiada informację, o której mowa w pytaniu 3., proszę o podanie imion i nazwisk lub nazw podwykonawców, którzy wykonywali zadanie w ramach niezgłoszonego podwykonawstwa na rzecz Gminy Józefów wraz z określeniem w jakiej części zadania Wykonawca SOLAR W. P. W. korzystał z usług podwykonawców

5. Czy Gmina Józefów potwierdza okoliczności ujawnione w załączniku - Referencje z dnia 7 marca 2019 r.?

Dowód:

- wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 23 stycznia 2020 r.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Gmina Józefów udzieliła informacji, zgodnie z którą SOLAR W. P. W. zgłosił jednego podwykonawcę - Hewalex sp. z o.o. sp.k. Wedle Gminy żaden inny wykonawca nie realizował dostaw. Gmina nie potwierdziła okoliczności

ujawnionych w referencjach z dnia 7 marca 2019 r.

Dowód:

- odpowiedź z gminy Józefów z dnia 29 stycznia 2020 r.,

-fragment protokołu ZP-PN dotyczący podwykonawców,

- zgłoszona umowa z podwykonawcą,

- umowa generalna.

W ocenie odwołującego powyższe okoliczności potwierdzają nieprawdziwość, a co najmniej wątpliwość co do faktów mających wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym, poza załączeniem dowodów z dokumentów odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka - P. W. - wykonawcy, który udzielił referencji na rzecz Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k.

Polskie Centrum Wody sp. z o.o. nie tylko nie potwierdziła wymogów SIWZ w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także mogła wprowadzić w błąd zamawiającego - Gminę Sokołów Małopolski co do tych okoliczności.

Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy 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 (wyrok KIO z 2.02.2018 r., KiO 113/18, LEX nr 2476187).

Artykuły 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy wymagają zaistnienia po stronie wykonawcy zawinionego działania lub rażącego niedbalstwa albo chociaż lekkomyślności w działaniu, których celem ma być wprowadzenie zamawiającego w błąd, aby uzyskać dane zamówienie. Za ugruntowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowiskiem żeby zastosować normę z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, muszą zajść następujące przesłanki, a mianowicie:

1) wykonawca przedstawił informację niezgodną z rzeczywistością;

2) informacja ta wprowadziła w błąd zamawiającego;

3) błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia kryteria oceny ofert);

4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Uznać należy, że złożenie referencji, które nie mają poparcia w rzeczywistości stanowi przedstawienie informacji niezgodnej z rzeczywistością. Mając natomiast na uwadze, że Wykonawca wykorzystał powyższy dokument do potwierdzenia spełniania kryteriów udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie wykluczył Wykonawcy, przyjmując referencje za prawdziwe, to zachowanie to spełnia przesłanki określone w przepisie obligującym zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z postępowania - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

Podkreślenia wymaga także, że Wykonawca tym samym nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu, co winno stanowić o zaistnieniu przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

W dniu 4 lutego 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 7 lutego 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Polskie Wody Centrum sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jaśle wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że jako wykonawca wybrany posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom w dniu 7 lutego 2020r. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu komplementariusza spółki upoważnionego do samodzielnej reprezentacji komplementariusza, zgodnie z odpisami z KRS.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty Polskie Wody Centrum, wraz z wezwaniami zamawiającego i udzielonymi odpowiedziami, dowodami dołączonymi do odwołania (odwołujący cofnął dowód z zeznań świadka):

W siwz zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych i zgodnie z pkt. 4.2.1. opisał

część 1 zamówienia jako - „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych na terenie Sokołów Małopolski", obejmująca:

1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez zamawiającego dokumentację techniczną 306 zestawów instalacji kolektorów słonecznych montowanych na budynkach mieszkalnych osób fizycznych, w tym:

- 109 zestawów instalacji kolektorów słonecznych, z których każdy składa się z 2 kolektorów

i zasobnika 200 dm3,
- 185 zestawów instalacji kolektorów słonecznych, z których każdy składa się z 3 kolektorów i zasobnika 300 dm3,

- 12 zestawów instalacji kolektorów słonecznych, z których każdy składa się z 4 kolektorów i zasobnika 400 dm3,

2) demontaż istniejącego podgrzewacza c.w.u. i odłączenie go od istniejącej instalacji (zdemontowany podgrzewacz pozostaje w dyspozycji właściciela obiektu),

3) montaż nowego podgrzewacza c.w.u. wraz z zaworem mieszającym i wbudowanie go w obieg instalacji c.w.u.,

4) montaż i izolacja rurociągów między kolektorami, grupą pompową, a podgrzewaczem c.w.u.,

5) montaż grupy pompowej,

6) montaż czujników temperatury w kolektorach słonecznych i w zbiorniku,

7) podłączenie istniejącego źródła ciepła do podgrzewacza c.w.u.,

8) przepłukanie płynem solarnym i przeprowadzenie prób szczelności instalacji solarnej,

9) napełnienie, odpowietrzenie i odpowiednie wyregulowanie przepływu cieczy oraz

ustalenie prawidłowego ciśnienia wg instrukcji producenta kolektorów słonecznych,

10) wykończenie co najmniej zgodnie ze stanem pierwotnym okolic przejść instalacji (tynk / ocieplenie, przejścia przez ściany, stropy, dach) oraz skuteczne zabezpieczenie przed wpływem warunków atmosferycznych miejsc na zewnątrz obiektu, gdzie prowadzone były prace montażowe,

11) zaprogramowanie i uruchomienie układu automatyki wraz z podłączeniem modemu komunikacyjnego do regulatora i przytwierdzenie go do ściany obok grupy pompowej,

12) przeszkolenie użytkownika instalacji w obsłudze zastosowanych urządzeń. Każde

urządzenie powinno posiadać załączoną dokumentację techniczno - ruchową, instrukcję obsługi oraz ogólny schemat instalacji,

13) inne elementy ujęte w załączniku nr 1a do SIWZ i Projekcie umowy stanowiącym załącznik Nr 2a do SIWZ.

14) Szacunkowa wartość zamówienia bez VAT w części 1: 667 544,36 €.

W rozdziale 6 zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu, w tym w pkt 6.2.3. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający określił, że warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje) należycie:
a) w zakresie części 1 zamówienia:

dostawę wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 150 instalacji (zestawów) - w ramach maksymalnie dwóch kontraktów,

W celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dopuścił, aby wykaz, o którym mowa w Rozdziale 6, pkt. 6.2.3 SIWZ, dotyczył dostaw wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lat tj. w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W zakresie części 1, 2 i 3 zamówienia, wykonawcy mogli wykazać się doświadczeniem, zarówno jeżeli realizowali zamówienie w formule robót budowlanych, jak i w formule dostaw z montażem

8.7. Na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy, wykonawca zobowiązany był złożyć 8.7.1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale 6 SIWZ:

a) wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ.

8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie części 1 zamówienia należało także złożyć:

a) certyfikat SOLAR KEYMARK lub certyfikat zgodności z normą PN-EN 12975-1 (lub równoważną) lub z normą PN-EN 12975-2 (lub równoważną) lub z normą PN-EN ISO 9806 (lub równoważną) wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą;

b) karta techniczna kolektora i zasobnika obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1a do SIWZ, zgodnie z pkt. 6 (dla kolektora) i pkt. 10 (dla zasobnika) projektu.

8.15. W przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów kraju, w którym miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących tego dokumentu

W kolumnie 3 załącznika nr 3 do siwz - formularza ofertowego tabela pod pkt. C.1)

zamawiający oczekiwał wskazania producenta i modelu kolektora oraz zasobnika
Załącznik nr 6 do siwz - Wykaz dostaw zamawiający oczekiwał podania przedmiotu dostawy (podanie nazwy inwestycji i miejsca jej realizacji z opisem pozwalającym na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu), daty wykonania dostawy (dd-mm-rrrr) i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana

W formularzu ofertowym w kolumnie 3 tabeli pod pkt C.1) przystępujący podał : w zakresie kolektora ENSOL 2,52, a w zakresie zasobnika KL ENERGY.

Do oferty dołączył załącznik nr 8, w którym wskazano w zakresie zasobnika wymienniki PDT-A Typ PDT 200 A, 250 A, 300 A, 400 A, zaś w załączniku nr 9 przedstawił dane techniczne

płaskich kolektorów słonecznych ES2V/2,52S AL.-CU i ES2V/2,52B AL.-CU do montażu

pionowego.

W dniu 14 listopada 2019r. przystępujący złożył pismo, w którym oświadczył, że w

formularzu ofertowym w tabeli w kolumnie producent i model kolektora oraz zasobnika jest „kolektor ENSOL2,52, zasobnik KL ENERGY", a powinno być „kolektor ENSOL ES2V/2,52S AL-CU, ENSOL ES2V/2,52B AL-CU, zasobnik OEM Energy PDT 200-400A, zgodnie z

załączonymi kartami katalogowymi stanowiącymi załączniki nr 8 i 9 do oferty.

W wykazie dostaw przystępującego wskazano:

1. Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Józefów w okresie 04.09.2018 30.11.2018 na rzecz SOLAR W. P. W. Ostrowy Baranowskie 141a 36-105 Cmolas

Nie dołączono dokumentów potwierdzających należyte wykonanie.

W dniu 13 stycznia 2020r. zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie.

W dniu 16 stycznia 2020r. wykonawca złożył identyczny wykaz dostaw jak na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, natomiast dołączył referencje z dnia 7 marca 2019r., z których wynika, że Solar W. P. W. poświadczył, że przystępujący w okresie od 4 września 2018- 31 listopada 2018r. w ramach zamówienia pod nazwą „Dostaw i montaż instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Józefów" dostarczył i zamontował 160 kompletnych instalacji solarnych na domach prywatnych (budynki o powierzchni do 300mkw). Łączna wartość wykonanego zakresu prac wyniosła 1 496 443zł. netto i została wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i zakończona w umówionym terminie.

W dniu 9 stycznia 2020 zamawiający wystąpił do OEM Energy z prośbą o potwierdzenie autentyczności i zgodności załączonej do wiadomości karty katalogowej produktu -

wymiennika PDT 200-400A.

W dniu 23 stycznia 2020r. zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy dokonał poprawy oczywistej omyłki wskazując, że przystępujący w złożonej ofercie w kolumnie 3 Tabeli zaoferował kolektor ENSOL 2.52 i zasobnik KL Energy. Jednocześnie załączył kartę katalogową kolektora ENSOL ES2V/2,52S AL.-CU, ES2V/2,52 B AL.-Cu, oraz kartę katalogową PDT 200-400A. W dniu 14 listopada 2019r. przystępujący poinformował o wystąpieniu w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej polegającej na błędnym oznaczeniu produktów oferowanych zgodnie z złożonymi kartami katalogowymi, gdzie w rzeczywistości oferuje produkty zgodne z złożonymi kartami katalogowymi tj. ENSOL ES2V/2,52S AL.-CU i ES2V/2,52B AL.-CU oraz zasobnik OEM Energy PDT 200-400A. Jednocześnie autentyczność karty zasobnika została potwierdzona przez producenta. Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia i poprawił oczywistą omyłkę pisarską w ten sposób, że w miejscu, gdzie wykonawca wskazał kolektor ENSOL 2,52 zamawiający przyjął oznaczenie ENSOL ES2V/2,52S AL.-CU, ES2V/2,52B AL.-CU, zaś w miejscu oferowanego zasobnika zamawiający przyjął OEM Energy PDT 200-400A.

W dniu 21 stycznia 2020r. OEM Energy potwierdził autentyczność karty katalogowej i oświadczył, że jest to produkt, który oferuje.

W dniu 30 stycznia 2020r. odwołujący poinformował zamawiającego o czynnościach niezgodnych z przepisami ustawy, tj. o możliwości złożenia nieprawdziwych informacji przez Polskie Wody Centrum w zakresie posiadanego przez nie doświadczenia - argumentacja oparta o stanowisko identyczne z wyrażonym w odwołaniu.

Odwołujący przedstawił odpowiedź Gminy Józefów z dnia 29 stycznia 2020r., z której wynika, że wykonawca Solar W. zgłaszał w postępowaniu dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Józefów podwykonawców - firmę HEWALEX sp. z o.o. sp. k., który realizował dostawy kolektorów słonecznych służących do montażu na budynkach mieszkalnych. Gmina Józefów nie posiada informacji o innych podwykonawcach, na tym zadaniu i nie potwierdza okoliczności

ujawnionych w referencjach z dnia 7 marca 2019r. wystawionych przez Solar W. Polskim Wodom Centrum. Do pisma w odwołaniu dołączono wyciąg z protokołu postępowania zawierający ocenę ofert, akceptację podwykonawcy Hewalex sp. z o.o. sp.k. przez zamawiającego Gminę Józefów, umowę dostawy zawartą pomiędzy Solar W., a Hewalex dnia 10 września 2018r. z której par 2 wynika, że przedmiotem umowy jest dostawa na rzecz Solar W. zestawów kolektorów słonecznych oraz innych produktów w oparciu o ofertę dostawcy, zgodnie z par1 ust. 5 i par 3 ust. 7 dostawa miała odbywać się na podstawie kopii zaakceptowanych wniosków materiałowych i zamówienia składanego przez wykonawcę P. W. za pośrednictwem skrzynki pocztowejsolar...@onet.pl, zgodnie z par. 45 ust. 1 i 2 obiory dostaw będzie dokonywał P. W., umowę nr IN.272.13.a.2018.PW zawarta pomiędzy Gminą Józefów, a Solar W., z której z par. 3 ust. 4 wynika, że wykonawca, zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie - wykona zamówienie sam, przy czym wykreślono

sformułowanie „sam, za wyjątkiem następującego zakresu, który zostanie wykonany przy udziale podwykonawców, w tym na których zasoby, wykonawca powoływał się na zasadach określonych w art. 22a ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i dalej w ust. 5 wykonawca nie zleci podwykonawcom innych prac niż wskazane w ust. 4 bez zgody zamawiającego, w ust. 6 do zawarcia przez wykonawcę umowy z podwykonawcom jest wymagana zgoda zamawiającego. Izba zwróciła także uwagę na par 7 ust. 8, zgodnie z którym zamawiający i wykonawca solidarnie odpowiadają za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Strony oświadczają zgodnie, że solidarna odpowiedzialność zamawiającego i wykonawcy za zapłatę podwykonawcom dotyczy wyłącznie prac montażowych i instalacyjnych. Solidarna odpowiedzialność zamawiającego nie dotyczy zapłaty za zapłatę wynagrodzenia za dostawy na rzecz wykonawcy sprzętu i urządzeń (dostawcy sprzętu i urządzeń). Z ust. 9 tegoż paragrafu wynika, że użycie w umowie sformułowania podwykonawca oznacza podmiot, z którym wykonawca podpisał umowę, której przedmiotem jest montaż i instalacja sprzętu będącego przedmiotem zamówienia w zakresie wskazanym w pat. 1 ust. 2 umowy. Nie dotyczy to podmiotów realizujących na rzecz wykonawcy innych elementów przedmiotu zamówienia, w szczególności dostaw sprzętu, urządzeń. Zgodnie z pat. 8 ust. 12 zamawiający dokona bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są prace montażowe i instalacyjne, w przypadku uchylania się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Sankcją za nieprzedstawienie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, za nieprzedłożenie kopii umowy o podwykonawstwo, oraz brak zmiany umowy o podwykonawstwo były określone w par. 11 ust. 1 lit. g-i kary umowne.

Z oświadczenia OEM Energy z dnia 11 lutego 2020r. wynika, że w ramach zasobników oferowanych przez spółkę nie istnieją urządzenia, które można zidentyfikować pod nazwą handlową KL Energy. W przypadku złożenia zapytania ofertowego o zasobnik oznaczony nazwą KL Energy OEM Energy nie byłaby w stanie zidentyfikować tego produktu.

Z ogłoszenia o zamówieni na dostawę i montaż instalacji solarnych i kotłów na biomasę realizowaną w ramach projektu „OZE w Gminie Józefów - instalacje solarne i kotły na biomasę dla budynków mieszkalnych” nr 2018/S 173-392405 wynika, że rodzaj zamówienia określono jako dostawy.

Z oświadczenia P. W. z dnia 11 lutego 2020r. wynika, że potwierdził on, że przystępujący w ramach projektu „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Józefów” wykonywał nie tylko prace montażowe, ale również do jego obowiązków należało określenie specyfikacji materiałów koniecznych do wykonania prac oraz doradztwo w zakresie ich odbiorów. W oparciu o współpracę z przystępującym zostały określone warunki oferty na rzecz Gminy Józefów w zakresie materiałów niezbędnych do wykonania prac oraz złożone zostało zamówienie dostawy w formie

HEWALEX.

Izba na podstawie powyższego stanu faktycznego ustaliła, że zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie wraz z montażem, a więc zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w dostawie rozumianej według art. 2 pkt. 2 ustawy jako nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Zgodnie z art. 605 kc przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo periodycznie, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Tym samym dostawa wraz z montażem w ujęciu ustawy wskazywała na dostawę wraz z instalacją. Jednocześnie Izba ustaliła, że z umowy z firmą HEWALEX wynika, że podmiot ten zobowiązał się wytworzyć, dowieść i ubezpieczyć zestawy kolektorów słonecznych zgodnie z zamówieniem przekazanym przez P. W. . Dowóz miał być dokonany do magazynu wykonawcy - P. W. i odbiór wykonywać miał również P. W.. Z przedstawionej umowy wynika zatem, że w wbrew oświadczeniu P. W., to on był odpowiedzialny za przekazywanie zaakceptowanych wniosków materiałowych, a także to on dokonywał odbiorów. W umowie dostawy z dnia 10 września 2018r. jako podmiot upoważniony z ramienia wykonawcy nie został wskazany przystępujący. Tym samym Izba nie dała wiary wyjaśnieniom przystępującego, że wykonywał on elementy dostawy na rzecz Solar Wójcik w zamówieniu realizowanym na rzecz Gminy Józefów. Izba dała wiarę natomiast, że montaż mógł być wykonywany przez przystępującego, gdyż sam fakt nie zgłoszenia przystępującego Gminie Józefów, choć niezgodny z umową z dnia 4 września 2018r. nr IN.272.13.a.2018.PW, nie powodował, że takie czynności faktycznie nie mogły być wykonywane. W ocenie Izby brak zgłoszenia podwykonawcy ma jedynie ten skutek, że

zamawiający może uchylić się od świadczenia na rzecz podwykonawcy w sytuacji braku zapłaty przez wykonawcę głównego i obciążyć wykonawcę głównego karą umowną. Izba ustaliła, że Hewalex nie był podwykonawcą w rozumieniu art. 7 ust. 8 zd. 2 umowy z Gminą Józefów. Jedynym podwykonawcą w rozumieniu tej umowy mógł być przystępujący, jednak jego ujawnienie przez Solar W. mogło się wiązać z nałożeniem kar umownych na głównego wykonawcę w sytuacji, braku zapłaty wynagrodzenia. Co oznacza, że główny wykonawca mógł dążyć do tego, aby zamawiający nie dowiedział się o realizowaniu umowy przez przystępującego. Izba jednakże oceniła, że sam montaż nie był wystarczającym doświadczeniem dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba ustaliła, że treść referencji z dnia 7 marca 2019r. roku wskazująca na wykonanie dostaw i montażu wprowadzała w błąd zamawiającego, co do tego, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. W ocenie Izby przystępujący musiał mieć świadomość tego, że nie realizował dostawy w postaci wytworzenia i dostawy sprzętu na rzecz zamawiającego, natomiast nieuzasadnienie uważał, że sam montaż zestawów potwierdzi wymagane doświadczenie. W ocenie Izby taki stan faktyczny potwierdza co najmniej lekkomyślność w działaniu przystępującego. Faktem bezspornym jest, że zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, że nie było sporne pomiędzy stronami, że zamawiający wymagał podania producenta i modelu kolektora i zasobnika. Bezsporne było również to, że w zakresie kolektora przystępujący podał w formularzu ofertowym jedynie producenta firmę ENSOL oraz wedle wiedzy Izby oznaczenie odnoszące się do powierzchni kolektora 2,52, natomiast nie podał modelu oferowanego urządzenia. Jednocześnie przystępujący załączył kartę techniczną oferowanego urządzenia ENSOL ES2V/2,52S AL-CU ES2V/2,52B AL-CU. Ze złożonej karty technicznej nie wynika, że oznaczenia ES2V/2,52S AL.- CU i ES2V/2,52B AL.- CU oznaczają różne modele, przeciwnie dane techniczne dla obu oznaczeń są identyczne. Odwołujący zaś nie wykazał, że te oznaczenia dotyczą różnych modeli o różnych parametrach. Izba doszła do przekonania, że w ofercie znajduje się zatem tak oznaczenie producenta jak i oznaczenie modelu jednoznacznie określające przedmiot oferty w zakresie kolektora oraz o ściśle wykazanych parametrach. Tym samym Izba ustaliła, że treść oferty odpowiada treści siwz. W ocenie Izby oczekiwanie odwołującego, że obie informacje będą podane w formularzu ofertowym jest oczekiwaniem zgodności formy oferty z formą określoną w siwz, natomiast podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może być wyłącznie sytuacja, w której treść oferty nie odpowiada treści siwz. Takiego stanu faktycznego Izba nie ustaliła.

Izba ustaliła, że w formularzu ofertowym wykonawca przystępujący podał KL Energy, zaś

kartę techniczną przedstawił dla PDT 200A-400A, przy czym oznacza to typy 200A o pojemności 215 dm3, 250A o pojemności 251 dm3, 300A o pojemności 300 dm3 i 400A o pojemności 415dm3. Zamawiający zaś w załącznikach 1a pkt. 10 zaprojektował podgrzewacz dwuwężownicowy o pojemności 200, 300 i 400 dm^3. W konsekwencji przedstawiona karta techniczna dotyczyła szerszego katalogu urządzeń niż wymagane przez zamawiającego, karta ta nie zawierała oznaczenia producenta. Zamawiający oświadczył, że było dla niego oczywiste, że jedyną firmą która ma w nazwie Energy i produkuje zasobniki o oznaczeniu PDT jest firma OEM Energy, do której wystąpił o potwierdzenie autentyczności karty technicznej. Jednak z dokumentacji postępowania nie wynika na podstawie jakich czynności zamawiający ustalił powyższe twierdzenie. W ocenie Izby zamawiający jedynie na podstawie treści oferty nie był w stanie ustalić, że przedstawiona mu karta katalogowa jest kartą firmy OEM Energy, jak również nie był w stanie ustalić, które zasobniki z przedstawionej karty katalogowej w rzeczywistości zostały mu zaoferowane - zaoferowano 4 rodzaje zasobników w miejsce wymaganych 3 rodzajów. W ocenie Izby tak ustalony stan faktyczny powoduje, że przedmiot oferty nie został konkretyzowany w sposób wymagany przez zamawiającego w siwz, a zamawiający bez sięgania do wiedzy spoza treści oferty nie był w stanie oznaczyć producenta i modeli oferowanych zasobników.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185

ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania

na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., podczas gdy oferta ta, w formularzu ofertowym, zawiera opis oferowanych dostaw niezgodny z

wymaganiami zamawiającego tj. nie zawiera pełnej informacji o producencie oferowanego urządzenia i jego modelu

Zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie. Jak Izba ustaliła, zamawiający na podstawie treści oferty przystępującego był w stanie skonkretyzować producenta i model kolektora, zaś niezgodność oferty była niezgodnością co do formy - miejsca podania informacji, a nie co do treści oferty. Tym samym w ocenie Izby, w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a zamawiający prawidłowo poprawił niezgodność co do formy, umieszczając oznaczenie modelu w miejscu do tego przeznaczonym w siwz, tj., w formularzu ofertowym. Izba ustaliła natomiast, że na podstawie treści oferty przystępującego zamawiający nie był w stanie ustalić, czy KL Energy to model, czy producent zasobnika i jaki rodzaj zasobnika został mu zaoferowany, gdyż zaoferowano mu w karcie katalogowej 4 rodzaje zasobnika, w miejsce wymaganych 3. Zamawiający w dokumentacji projektowej nie podał oznaczenia zasobników, na podstawie których mógłby powziąć wiedzę co do tego jakie zasobniki przez jakiego producenta są produkowane. Zamawiający nie powołał także biegłego w postępowaniu w rozumieniu art. 21 ust. 4 ustawy. Tym samym nie znane są okoliczności na podstawie, których zamawiający ustalił, że omyłka polega na podaniu KL Energy w miejsce OEM Energy, poza oczywiście pismem samego przystępującego, złożonym po otwarciu ofert. Izba wzięła pod uwagę, że poprawa omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy jest możliwa w sytuacji, gdy omyłka pisarska ma charakter oczywisty. Tę oczywistość należy oceniać przez pryzmat zdolności dostrzeżenia omyłki przez przeciętnego człowieka, na pierwszy rzut oka. W ustalonym stanie faktycznym taka oczywistość nie miała miejsca. W ocenie Izby potencjalna możliwość dostrzeżenia omyłki mogła być widoczna dla specjalistów w branży alternatywnych źródeł energii i to pod warunkiem, że nie istnieją firmy mające w nazwie Energy, których przedmiotem działalności jest produkcja, dostawa lub montaż zasobników oraz że nie istnieją zasobniki, które w nazwie nie mają oznaczenia Energy. Tym samym w ocenie Izby poprawa omyłki została dokonana wadliwie, a w konsekwencji należało uznać, że skoro poprawa byłą niedopuszczalna, to oferta nie została skonkretyzowana przez wskazanie producenta i modelu w sposób wymagany przez siwz. Oznacza to, że zachodziła niezgodność treści oferty z treścią siwz, której usunąć się w drodze art. 87 ust. 2 ustawy nie dało. Biorąc to pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie i konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania oferty i dokonania odrzucenia oferty Polskie Centrum Wody spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedziba w Jaśle na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na brak podania w sposób jednoznaczny modelu i producenta zasobnika, jak wymagał zamawiający w załączniku nr 3 - formularzu ofertowym.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez wybór oferty Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 91 ust. 1 ustawy nakazuje wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w siwz. Do oceny ofert może jednak trafić jedynie oferta, która nie podlega odrzuceniu. Izba w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego ustaliła i zważyła, że oferta przystępującego jest niezgodna w swej treści z treścią siwz, a w konsekwencji powinna podlegać odrzuceniu. Oznacza to, że skierowanie przez zamawiającego tej oferty do oceny ofert w przyjętych kryteriach oceny było wadliwe, a w konsekwencji wadliwe było ustalenie przez zamawiającego, że oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą. Izba zatem stwierdzając naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., podczas gdy Wykonawca pismem z dnia 14 listopada 2019 r. usiłował dokonać niedopuszczalnej czynności zmiany treści oferty po terminie składania ofert, co stanowi niedopuszczalną

przepisami ustawy czynność wykonawcy

Zarzut częściowo potwierdził się. Izba doszła do przekonania, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, tj. zamawiający dokonał poprawy oferty w taki sposób, że doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści tej oferty. Wprost z informacji o poprawie omyłki wynika, że zamawiający bazował przy dokonywaniu poprawy nie tylko na treści samej oferty, ale także na wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 14 listopada 2019r., zaś Izba rozstrzygając zarzut poprzedzający doszła do przekonania, że na podstawie samej oferty zamawiający bez wiedzy specjalnej nie był w stanie ustalić, ze doszło do omyłki, ani ustalić sposobu jej poprawy. W ocenie Izby zamawiający nie wiedział, czy KL Energy to nazwa modelu, czy producenta i jakie znaczenie dla ustalenia treści oferty ma złożona karta techniczna, czy ona dookreśla przedmiot zamówienia, czy też została błędnie załączona. W ocenie Izby powyższe wskazuje, że omyłka wprowadziła nowe treści do oferty, których nie można było pierwotnie, a które zmieniły niejednoznacznie określony przedmiot oferty, w przedmiot skonkretyzowany, a i to niedokładnie, z uwagi na zaoferowanie większej od wymaganej liczby rodzajów zasobników. W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy. Jednakże Izba nie doszła do przekonania, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż samo złożenie oferty, choć wadliwe z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie było niezgodne z przepisami ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k., podczas gdy nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu,

Zarzut potwierdził się. Izba ustaliła, że zamawiający wymagał doświadczenia w dostawie i montażu, natomiast zgromadzony materiał dowodowy potwierdza, że przystępujący mógł nabyć w ramach wykonania zamówienia na rzecz Solar W. doświadczenie jedynie w zakresie montaży zestawów instalacji kolektorów słonecznych, co oznacza, że wykonawca wykazał spełnienie jedynie części warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji należało uznać, że przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, zaś zamawiający zaniechał wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy jako nie spełniającego warunku doświadczenia zawodowego w zakresie dostawy instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 150 instalacji (zestawów). Tym samym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu dokonania zaniechanej czynności.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że przystępujący nie był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, jednakże Izba oceniła, że przepis ten nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym, z uwagi na to, że oferta przystępującego

podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp.k w warunkach wprowadzenia

przez tego Wykonawcę zamawiającego w błąd co do okoliczności spełniania warunku określonego w punkcie 6.2.3. SIWZ, które miały potwierdzać referencje z dnia 7 marca 2019 r. udzielone przez SOLAR W. P. W., co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia-wybór najkorzystniejszej oferty,

Zarzut potwierdził się. Z wykazu dostaw jak i z referencji z dnia 7 marca 2019r. wynika jednoznacznie, że P. W. potwierdził wykonanie na jego rzecz dostawy i montażu zestawów instalacji kolektorów słonecznych i przystępujący posłużył się tym doświadczeniem, w celu wykazania, że realizował tak dostawy jak i montaż kolektorów. Natomiast w ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości, że przystępujący nie wykonywał dostaw na rzecz Solar W., co najwyżej, choć nie wynika to z treści umowy z HEWALEXem, mógł wykonywać czynności zlecenie i odbioru zastrzeżone dla zamawiającego dostawę. Jednak w ocenie Izby nie są to czynności zastrzeżone dla dostawcy i nie mogą być traktowane jako doświadczenie w wykonywaniu dostawy. W konsekwencji zamawiający został przez przystępującego wprowadzony w błąd co do tego, że przystępujący wykonał dostawę kolektorów słonecznych. Skutkiem tej informacji wprowadzającej w błąd była błędna ocena przez zamawiającego spełniania przez wykonawcę przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający przyjął, że przystępujący spełnia warunek udziału, podczas, gdyby informacja od przystępującego była

zgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, zamawiający musiałby dojść do przekonania, że przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta miała wpływ na wynika postępowania, gdyż w sytuacji gdyby zamawiający nie działał w zaufaniu do nieprawdziwej informacji, to nie dokonałby wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby przystępującemu można przypisać co najmniej lekkomyślność, gdyż wiedząc, jaki był rzeczywisty zakres jego obowiązków w ramach wykonania zamówienia na rzecz Solar W. bezzasadnie przyjął, że zamawianie materiałów czy ich odbiór może być utożsamiane z dostawą polegającą na wytworzeniu i dostarczeniu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w przedmiotowej sprawie zaistniały. Do zakończenia rozprawy w sprawie wykonawca nie dążył do wykazania okoliczności mogących świadczyć o samooczyszczeniu, choć Izba w tym składzie wyraża przekonanie, że mimo literalnego brzmienia art. 24 ust. 8 ustawy samooczyszczenie się w przypadku złożenia nieprawdziwej informacji nie jest możliwe.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania ofert i wykluczenie Polskie Centrum Wody spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Jaśle z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z uwagi na podanie informacji wprowadzającej w błąd, co do posiadania doświadczenia zawodowego w postaci dostaw zestawów instalacji kolektorów słonecznych, co doprowadziło do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba nie nakazywała dodatkowo wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, gdyż istnienie podstaw wykluczenia w ocenie Izby ma pierwszeństwo przed badaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro wykonawca podlegał wykluczeniu z powodu zaistnienia podstaw wykluczenia, to nie celowe było nakazywanie wykluczenia przystępującego bardziej tj. także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu, i która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z rozstrzygnięcia powyższych zarzutów zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który podlegał odrzuceniu i którego oferta była niezgodna z wymaganiami siwz, a zatem podlegała również odrzuceniu. Nie był to zatem wybór zgodny z przepisami ustawy, o którym mowa w art. 7 ust. 3 ustawy. Nie był to także wybór dokonany w poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawcy, gdyż zamawiający dopuścił do oceny ofert ofertę, która podlegała odrzuceniu i nakazał z nią konkurować wykonawcom, którzy złożyli oferty prawidłowe. Takie działanie zamawiającego naruszało przepis art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o uwzględnieniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1,2 i ust. 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia z ograniczeniem do kwoty określonej w § 3 pkt. 2 lit. b rozporządzenia. Izba uwzględniła wszystkie żądanie odwołującego, a zatem mimo nieuwzględnienia części zarzutów, wynik postępowania odwoławczego był w całości korzystny dla odwołującego, co oznacza, że nie było podstaw do stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania. W całości zatem kosztami należało obciążyć zamawiającego nakazując mu zwrot na rzecz odwołującego uiszczonego wpisu w wysokości 15 000zł. oraz kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł. tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez cyt. Rozporządzenie.

Przewodniczący: