

WYROK
z dnia 16 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Aneta Młacka,
Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 12 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2021 r. przez odwołującego: **J. S.** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą **JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w miejscowości Banino** (ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino) w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Kock** (Urząd Miejski w Kocku, ul. Jana Pawła II 29, 21-150 Kock),

przy udziale wykonawcy: **ML System S.A. z siedzibą w miejscowości Zaczernie** (Zaczernie 190G, 36-062 Zaczernie), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **J. S.** prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą **JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w miejscowości Banino** (ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 stycznia 2021 r. przez odwołującego: **JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w miejscowości Banino** (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Gmina Kock** (ul. Jana Pawła II 29, 21-150 Kock) w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie gminy Kock”. Numer referencyjny: RG.271.8.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 10 lipca 2020 r. Nr 2020/S 132-322812.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu z uwagi na wybór oferty wykonawcy: **ML System S.A. z siedzibą w miejscowości Zaczernie** (**ML System S.A.**) naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty **ML System S.A.** pomimo, iż oferta ta jest sprzeczna z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. z wymaganiami wskazanymi w formularzu ofertowym dotyczącymi konieczności wskazania producenta konkretnego modelu modułu oraz inwertera instalacji fotowoltaicznej;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przejawiające się w wyborze oferty **ML System S.A.** jako najkorzystniejszej, w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. z pominięciem wymogów wskazania w treści tej ofercie konkretnego producenta modelu oraz modułu i inwertera instalacji fotowoltaicznej.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i: (1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert; (2) odrzucenie oferty **ML System S.A.** albowiem jej treść jest sprzeczna ze specyfikacją warunków zamówienia oraz istniejącą w tej ofercie wada nie może zostać uzupełniona w trybie przewidzianym w przepisach Ustawy, w szczególności zgodnie z art. 87 Ustawy.

Wniósł ponadto o zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Odwołujący powołując się na art. 179 ustawy Pzp podniósł w szczególności: (...) *Oferta Odwołującego jest ofertą nieodrzuconą, drugą w kolejności po ofercie ML System S.A. pod względem liczby uzyskanych punktów. (...) Powyższe wskazuje, że w następstwie wskazanych powyżej uchybień Zamawiającego interes Odwołującego doznał uszczerbku albowiem gdyby nie doszło do tych naruszeń przez Zamawiającego Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia i płynące z tego tytułu wymierne korzyści finansowe. W konsekwencji Odwołujący w następstwie uchybień i naruszeń ustawy Pzp przez Zamawiającego poniesie szkodę w postaci kosztów związanych z przygotowaniem oferty i uczestnictwem w postępowaniu oraz zostanie pozbawiony możliwości zamówienia i wiążących się z tym korzyści.*

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ] Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania wymagań przez oferowane dostawy w zakresie części 2 zamówienia wymagał aby: 1. karty katalogowe modułów i inwerterów zawierały informacje o spełnianiu przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku 1.2 do SIWZ [Projektie budowlano- wykonawczym], punktem 1.7 dla modułu oraz punktem 1.8 dla inwertera [strona 18 SIWZ] projektu; 2. certyfikat potwierdzający pozytywny wynik zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730, IEC 61701; 3. certyfikat potwierdzający pozytywny wynik odporności modułów na amoniak NH₃ zgodnie z normą IEC 62716 lub równoważną.

Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik numer 3 do SIWZ oferta powinna zawierać wskazanie producenta i modelu modułu oraz inwertera instalacji fotowoltaicznej. Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.

ML System S.A. której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą zaoferowała w formularzu ofertowym moduł ML SYSTEM MOF 1000 [tabela 2 instalacje montowane na budynkach mieszkalnych osób fizycznych]. Wpisanie powyższego symbolu MOF 1000 nie stanowi pełnej nazwy panela fotowoltaicznego i uniemożliwia Zamawiającemu ocenę tego co w istocie wykonawca oferuje. Nadto uzasadnia przekonanie, że wykonawca zaoferował model katalogowy, nie zaś produkt dostosowany do konkretnego zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 lipca 2020 r. w sprawie KIO 595/20 takie działanie nie spełnia warunku zaoferowania konkretnego produktu pod konkretne zamówienie.

Zdaniem wykonawcy, „Symbol powyższy wskazuje jedynie na rodzinę paneli fotowoltaicznych, w skład której wchodzi różne konkretne modele, w tym: co najmniej 22 modele monokrystalicznych (których zestawy wskazał w tej części uzasadnienia), które posiadają różne parametry w zakresie ilości ogniw fotowoltaicznych, mocy znamionowej oraz wymiarów, co powoduje brak możliwości oceny przez Zamawiającego jaka jest w istocie treść oferty wykonawcy. W związku z procedurą odwróconą Zamawiający zażądał od ML System wyjaśnień odnośnie treści oferty, w tym w zakresie zaoferowanego modelu modułu fotowoltaicznego. Wykonawca złożył wyjaśnienia i przedłożył dokumenty, w tym certyfikaty oraz ich tłumaczenia, lecz wyjaśnienia te z przyczyn poniżej opisanych wskazywały na konieczność odrzucenia Jego oferty, nie zaś na dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej. Działanie Zamawiającego polegające na dopuszczeniu do „doprecyzowania” przez wykonawcę jakie konkretnie modele oferuje, po upływie terminu składania ofert stanowiło w istocie niedopuszczalne [bezskuteczne w świetle art. 87 Pzp] negocjacje treści ofert pomiędzy Zamawiającym i wykonawcą.

Ze względu na wyraźne wskazanie w formularzu ofertowym przez ML System S.A. modułu fotowoltaicznego MOF 1000 składającego się z 60 ogniw fotowoltaicznych, wymiarach 992x1639mm, ramki z aluminium, mocy znamionowej 310W, przedłożone następnie przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego certyfikaty wraz z tłumaczeniem powinny zawierać dokładnie takie same dane. Tymczasem przedłożone przez ML System S.A. certyfikaty wraz z tłumaczeniem nie zawierają modelu wskazanego w ofercie. Jedyny zbliżony do wskazanego w ofercie modelu, model ML-S6MF/T1-310/992/1639 różni się mocą znamionową albowiem zawiera on wartość 300Wp.

Przedłożona przez ML System S. A. karta katalogowa modułu ML wskazuje w tabeli parametry elektryczne na moc znamionową - 310 kWp. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca dołączył certyfikaty Kiwa, mające potwierdzić zgodność zaoferowanych modułów MOF 1000, o mocy 310 Wp z normami: 61215, 61730, 61701 oraz 62716. Na stronie 2 każdego z powyższych certyfikatów, w tabeli wyszczególniono modele objęte certyfikacją. W tych tabelach brak modelu o mocy znamionowej 310 Wp. Fakt ten analogicznie powtarza się w każdym z pozostałych certyfikatów. Przedłożone przez ML System na wezwanie Zamawiającego certyfikaty nie potwierdzają zatem zgodności z normami modułu, który zaoferowała ML System S.A. w formularzu ofertowym.

Załącznik
Rozszerzone modele*

Nazwa modelu	Liczba ogniw	Rozmiar ogniwa (mm)	Technologia ogniwa	Rozmiar modułu (mm)	Moc znamionowa (wp)
ML-S6MF/T1-XXX-1310/1959	96	156,75x156,75	Mono-Si	1959x1310x40	475
ML-S6MF/T1-XXX-1310/1639	80	156,75x156,75	Mono-Si	1639x1310x40	395
ML-S6MF/T1-XXX-992/1959	72	156,75x156,75	Mono-Si	1959x992x40	360
ML-S6MF/T1-XXX-992/1801	66	156,75x156,75	Mono-Si	1801x992x40	325
ML-S6MF/T1-XXX-992/1639	60	156,75x156,75	Mono-Si	1639x992x40	300'
ML-S6MF/T1-XXX-992/1450	54	156,75x156,75	Mono-Si	1480x992x40	265
ML-S6MF/T1-XXX-992/1320	48	156,75x156,75	Mono-Si	1320x992x40	235
ML-S6MF/T1-XXX-670/1480	36	156,75x156,75	Mono-Si	1480x670x40	175
ML-S6MF/T1-XXX-670/1004	24	156,75x156,75	Mono-Si	1004x670x40	117
ML-S6MF/T1-XXX-350/1480	18	156,75x156,75	Mono-Si	1480x350x40	S9
ML-S6MF/T1-XXX-350/1004	12	156,75x156,75	Mono-Si	1004x350x40	58

Uwagi; XXX = moc znamionowa.

Niezależnie ML System w karcie katalogowej dla modułu fotowoltaicznego wskazuje na to, że oferowany panel będzie w kolorze aluminium [kolor ramki modułu] zaś Zamawiający wymagał w tym zakresie aby oferta wykonawcy dotyczyła modułu w kolorze, tj. zgodnie z projektem budowlano - wykonawczym branży elektrycznej [tabela strona 8 tej dokumentacji]. Dowód : SIWZ

W świetle powyższego opisane powyżej działanie Zamawiającego jest – zdaniem Odwołującego - nieprawidłowe i stanowi naruszenie Pzp. Dokonany przez Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty jest wadliwy i sprzeczny z SIWZ z przyczyn wskazanych.

Wskazał, że stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO 1815/19, podkreślając, że "Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości".

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: ML System S.A., z siedzibą w miejscowości Zaczernie, który wniósł o oddalenie odwołania, a w piśmie z dnia 7 stycznia 2021 r. wskazał na następujące okoliczności:

MOF 1000 jest pełną nazwą modelu, o określonych parametrach, a wskazywane w treści odwołania 22 modele i ich parametry nie są produktem objętym ofertą.

ML SYSTEM S.A. przyznał, że w pkt. 13.4 SIWZ (str. 28 SIWZ) Zamawiający wymagał, by oferta została złożona w wzorze (druku) stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ, zastrzegając przy tym, że wykonawca może sporządzić ofertę wg innego wzorca, jednak powinna ona wówczas obejmować dane wymagane dla oferty w SIWZ i załącznikach. W zakresie

części II zamówienia, w rubryce 3 Tabeli 1,2 i 3 ww. Załącznika każdy z Wykonawców wskazać miał producenta i model tak modułu, jak i inwertera.

Oferta ML SYSTEM S.A zgodna jest z wymienionymi postanowieniami, albowiem w wymaganych przez Zamawiającego miejscach wzoru oferty podano tak nazwę modułu („model”), jak i dane producenta. Dla każdego z zestawów instalacji, zarówno montowanych na gruncie i na budynkach gospodarczych osób fizycznych, jak i tych na budynkach mieszkalnych, ML SYSTEM zaoferował: „ML SYSTEM MOF 1000 (moduł)”. Ani dane producenta, ani nazwa nie budzą wątpliwości co do intencji oferenta, który zaproponował realizację zamówienia przy pomocy konkretnego urządzenia produkcji własnej. Powyższe było przedmiotem kierowanych do Zamawiającego wyjaśnień z dnia 30 grudnia 2020 r., które Zamawiający uznał za kompletne i wystarczające. Do wyjaśnień Wykonawca przedłożył kserokopię oferty ML SYSTEM S.A, jaka została złożona w ramach postępowania pn. „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych oraz instalacji kolektorów słonecznych na terenie gminy Harasiuki, która jest realizowana w ramach projektu „Rozwój mikroinstalacji OZE na potrzeby gospodarstw domowych w gminie Harasiuki” gdzie także Spółka zaoferowała ww. model. W ramach ww. postępowania nie doszło do wyboru oferty Spółki, pomimo, iż oferta ML SYSTEM S.A nie została uznana za niezgodną z SIWZ lub ustawą, a podobne zarzuty składane przez innych oferentów nie znalazły uznania Izby. Przystępujący przedkłada odpis oferty, jaka została złożona w ramach postępowania „Montaż odnawialnych źródeł energii na terenie Gminy Sulów” oraz podpisany przez Inspektora Nadzoru wniosek o zatwierdzenie materiałów z dnia 18 grudnia 2020 r. w ramach ww. postępowania ML SYSTEM S.A. zaoferował także dostawy modułu MOF 1000, który został zaakceptowany przez Zamawiającego. Obecnie po zatwierdzeniu kart materiałowych, jest on produkowany w ilości objętej zamówieniem celem dostawy na wskazane miejsca dostaw. Dowód: Oferta Harasiuki, Oferta Sulów, Wniosek o zatwierdzenie materiałów. Podał ponadto, że równolegle, sprzedaż ww. modułu jest prowadzona na rzecz podmiotów sektora prywatnego, w tym konsumentów.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący oświadczył i zapewnił, że w ofercie produktów ML SYSTEM S.A widnieje tylko jeden moduł o nazwie MOF 1000 scharakteryzowany przez konkretne parametry, spełniający jednocześnie wymagania Zamawiającego postawione w SIWZ i potwierdzone w karcie katalogowej modułu fotowoltaicznego złożonej wraz z ofertą. ML SYSTEM jest wyłącznym producentem ww. urządzenia, a część z dostępnych „od ręki” modułów zgromadzona jest w magazynach Spółki.

Dowód: Zdjęcia modułu (sztuk 9), Opinia dr inż. Michała Ingłot

Podał, że ten moduł, jak widać tak po oznaczeniach produktu, identyfikowany jest po nazwie MOF 1000, bez dodatkowych oznaczeń literowych czy numerycznych. Jest to zatem rzeczywista nazwa produktu. Stwierdził, że Odwołujący słusznie zauważył, że producent ML SYSTEM S. A. posiada również linię produktów o nazwie MOF 1000, w tym szereg modułów wymienionych w treści certyfikatu, jednak tylko jeden moduł z tej linii posiada nazwę MOF 1000, według której jest identyfikowany tak „zewnętrznie”, jak i „wewnętrznie” - na magazynach Spółki. A zatem jednoznacznie można stwierdzić, że zaoferowany został jeden konkretny moduł o nazwie MOF 1000. Wykonawca tym samym, z ostrożności, ponownie zapewnia, że pod oznaczeniem „MOF 1000” ML SYSTEM S.A. oferuje jeden model modułu, o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego.

Przystępujący ponadto wskazał, że zgodnie z art. 13 pkt 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (tj. z dnia 22 lutego 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 544 ze zm.), producent ma obowiązek umieścić na wyrobie, a w przypadkach określonych w przepisach szczególnych na opakowaniu, w załączonym dokumencie lub na etykiecie, informacje umożliwiające identyfikację wyrobu. Załączone niniejszego pisma zdjęcia oraz treść karty katalogowej potwierdzają jednoznacznie, iż producent nie stosuje innego sposobu oznaczania modułu niż ten, którym posłużył się w swojej ofercie Przystępujący.

ML SYSTEM S.A. - z przyczyn natury obiektywnej - nie mógł więc zaoferowanych modeli modułów oznaczyć inaczej niż pod nazwą, pod którą w rzeczywistości występują. W odniesieniu do powyższego, podkreślił, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż przez typ/model należy rozumieć zwykle używaną, podawaną w obrocie nazwę własną dla danego wyrobu, stosowaną przez producenta oznakowanie (vide: Wyrok KIO 2396/12, KIO 2416/12). Takie też oznakowanie zostało podane przez Przystępującego.

Odnosnie wymagane i przedłożonego certyfikatu (według odwołania powinien on dotyczyć wyłącznie danego modelu, nie zaś serii), Zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie zaproponował żadnej argumentacji faktycznej lub prawnej, wskazującej, dlaczego certyfikat wydany dla grupy produktów nie potwierdza parametrów urządzeń wchodzących w skład grupy, a jego analizę oparł na błędnym założeniu, że certyfikat obejmuje wyłącznie przykładowe modele podane w treści załącznika. Zapewnił, że przedłożone certyfikaty zostały wydane dla całej rodziny modułów, na co wskazuje nagłówek dokumentu „Rodzina modułów MOF 1000”. Dokument ten obejmuje wszystkie modele z ww. grupy, także oznaczone symbolami w zakresie ML-S6MF/T1-115-670/1004. Oznacza to, że na potrzeby certyfikacji przebadane zostały moduły o różnej liczbie ogniw, mocy znamionowej, w technologii ogniwa „Mono-Si” Świadczy o tym zawarte w treści certyfikatu oświadczenie „*Rozszerzone modele są oparte na próbie testowanej z rozszerzeniem w technologii ogniw, mocą szczytową i liczbą ogniw – patrz Załącznik*”

Powyższe zgodne jest nie tylko z ogólnie przyjętą praktyką certyfikacji modułów fotowoltaicznych, ale i z treścią normy, według której prowadzona jest certyfikacji. Wyciąg z ww. normy przedkładamy w załączeniu. Dowód: Wyciąg z normy wraz z tłumaczeniem.

Z przedstawionych dokumentów wynika, że poddane certyfikacji wybrane moduły są reprezentatywne dla całego asortymentu/ grupy certyfikowanych wyrobów, jeżeli nie różnią się parametrami ponad te określone w normie. Innymi słowy - badaniu poddane zostały modele z danej rodziny produktów - w tym model bazowy. W treści certyfikatu - obok wyraźnego określenia, że dotyczy on całej rodziny produktów, wymieniono „rozszerzone” modele, tj. produkty zmodyfikowane, w zależności m.in. od mocy i rozmiaru.

Z uwagi na powyższe, nagłówek certyfikatu odnosi się do „grupy”, jako całej serii modułów. Przedłożone certyfikaty jasno zatem wskazują, iż wszystkie produkty z rodziny MOF 1000 spełniają wymogi norm. W certyfikacie natomiast, z przyczyn oczywistych nie ma podanego modułu o mocy 310 W, gdyż Odwołujący referuje do innego produktu, który nie został objęty ofertą. Podkreślił, że dany moduł jest scharakteryzowany przez parametry techniczne i to one identyfikują dany produkt. Parametry te podane zostały w karcie katalogowej dostępnej dla modułu i zgodne są z treścią SIWZ.

Odnosnie oferowania modułów w niewłaściwym kolorze podniósł, że podana w treści karty katalogowej nazwa „aluminium” referuje do materiału, nie zaś koloru. Wskazał, że aluminium nie jest kolorem, a metalem (nieżelaznym). Aluminium i jego stopy to obecnie jeden z najpopularniejszych materiałów konstrukcyjnych, wykorzystywany przy budowie tak części karoserii i silników samochodów, elementów konstrukcyjnych samolotów, jak i ram modułów fotowoltaicznych. Jest to niezwykle lekki, aczkolwiek wytrzymały pierwiastek o gęstości niższej jak stal. W przeciwieństwie do stali, jest dużo bardziej wytrzymały, zwłaszcza w niskich temperaturach. Co jednak najistotniejsze,

jest to metal, który można pomalować, dlatego też fakt wykorzystania ww. materiału do budowy nie definiuje jego koloru. Z uwagi na powyższe, także i zarzut Odwołania, zgodnie z którym „oferowany panel będzie w kolorze aluminium i kolor ramki modułu” uznać należy za chyby. Informacja o aluminium nie odnosi się bowiem do koloru, a do materiału.

Odnosnie powołanych w odwołaniu orzeczeń (KIO 1815/19 oraz KIO 595/20) stwierdził brak związku z przedmiotem odwołania. Podał, że wobec ograniczonej kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i konieczności rozpoznania odwołania wyłącznie w granicach podanej przez Odwołującego podstawy faktycznej (a w ocenie ML SYSTEM S.A. - także i podstawy prawnej), Przystępujący odniesie się tylko i wyłącznie do podniesionych literalnie zarzutów, uznając - za Zamawiającym, iż w pozostałym zakresie Oferta zgodna jest z treścią SIWZ i obowiązującymi przepisami prawa. Niezależnie od powyższego, podane przez Odwołującego orzeczenia w żadnej mierze nie odnoszą się do niniejszej sprawy i nie świadczą o zasadności wniesionego Odwołania. Wręcz przeciwnie. Podkreślają one wewnętrzną sprzeczność zarzutów JSB, które z jednej strony zarzuca, iż nie jest możliwa identyfikacja produktu, gdyż podano nazwę rodziny, a nie modelu, z drugiej strony podnosi, że oferowany moduł (a zatem konkretny produkt) nie spełnia warunków SIWZ. Te dwa zarzuty się wzajemnie wykluczają. Według odwołującego, „wykonawca zaoferował model katalogowy, nie zaś produkt dostosowany do konkretnego zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 lipca 2020 r. w sprawie KIO 595/20 takie działanie nie spełnia warunku zaoferowania konkretnego produktu pod konkretne zamówienie.” Zaoferowany przez ML SYSTEM S.A. produkt nie jest jednak produktem wytworzonym specjalnie pod ten przetarg - moduł MOF 1000 produkowany był uprzednio na potrzeby realizacji innych zamówień, co zostało wykazane. Produkt ten znajduje się w stałej ofercie Spółki i - co wynika z przedłożonych fotografii, jest fizycznie w jej posiadaniu. Powołane przez Odwołującego orzeczenie, poprawnie oznaczone symbolem 596/20, dotyczy sytuacji, w której zaoferowany produkt katalogowy nie był zgodny z treścią SIWZ, a Wykonawcy oferowali modyfikację jego oryginalnych (bazowych) parametrów po podpisaniu umowy. Wówczas Izba uznała, iż „żaden z Przystępujących, podając w ofertach proponowane modele, nie zaznaczył, że posiadają one parametry inne niż urządzenia oferowane standardowo (czy to przez określenie „zmodyfikowany”, „rated power”, „special series”, czy jakiegokolwiek inne), zatem złożone oświadczenia należy odnosić do standardowych wersji falowników, które w zwykłej, powszechnie dostępnej ofercie posiadają jedne, określone wartości mocy znamionowej. (...)” Przypadek taki nie występuje w niniejszej sprawie. Podobnie, zupełnie różny od niniejszego był casus analizowany w powołanej przez Odwołującego sprawie opisanej w KIO 1815/19, w której przedmiot Oferty nie był zgodny z treścią SIWZ nie z winy Wykonawcy, lecz z uwagi na nieprecyzyjność dokumentacji przetargowej (przy bardzo skomplikowanym przedmiocie zamówienia). Powyższe uzasadniało, w ocenie Izby, podniesienie zarzutu, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zwanie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie. Pomimo lektury ww. orzeczenia, Przystępujący nie znajduje jakichkolwiek argumentów przemawiających na korzyść Odwołującego. Zwłaszcza w sytuacji, w której przedmiot zamówienia opisany został w niniejszym postępowaniu w sposób dostateczny, a w treści Oferty ML SYSTEM S.A. zaoferował produkt zgodny ze SIWZ i rzeczywiście istniejący.).

Zamawiający na posiedzeniu i rozprawie wniósł także o oddalenie odwołania uznając niezasadność zarzutów.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu], do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 stycznia 2021 r., Izba zatem wydając wyrok w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r., jednakże dla oceny zasadności zarzutów zastosowanie miały, podobnie jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na datę jego wszczęcia w dniu 10 lipca 2020 r. przepisy wskazywanej ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r.

W odwołaniu podnoszone zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 (sprzeczność oferty ML System S. A. z warunkami określonymi w SIWZ) i art.91 ust.1 ustawy Pzp (wybór oferty ML System S.A. jako najkorzystniejszej, w sposób sprzeczny z warunkami SIWZ) oparto na twierdzeniu, że:

- a.oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z wymaganiami wskazanymi w formularzu ofertowym dotyczącymi konieczności wskazania producenta konkretnego modelu modułu oraz inwertera instalacji fotowoltaicznej;
- b.wybór oferty ML System S.A. jako najkorzystniejszej - sprzeczny z warunkami SIWZ- dokonano z pominięciem wymogów wskazania w treści tej ofercie konkretnego producenta modelu oraz modułu i inwertera instalacji fotowoltaicznej.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z formularzem ofertowym - załącznik nr 3 do SIWZ - oferta powinna zawierać wskazanie producenta i modelu modułu oraz inwertera instalacji fotowoltaicznej.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia [pkt 8.7.3 lit. b) SIWZ] Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania wymagań przez oferowane dostawy w zakresie części 2 zamówienia wymagał aby:

1. karty katalogowe modułów i inwerterów fotowoltaicznych podpisane przez przedstawiciela producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 1.2 do SIWZ, zgodnie z pkt. 1.7 (dla modułu) i pkt. 1.8 (dla inwertera) projektu;
2. certyfikat potwierdzający pozytywny wynik zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730, IEC 61701;
3. certyfikat potwierdzający pozytywny wynik odporności modułów na amoniak NH3 zgodnie z normą IEC 62716 lub równoważną.

Wykonawca ML System S. A. w tabeli 2 w kolumnie trzeciej: „Producenci model modułu oraz inwertera” - co do modułów – dla każdego z zestawów opisanych w kolumnie 2 podał: ML System/MF 1000 (moduł). Opis zestawów – co do maksymalnej liczby paneli fotowoltaicznych i ich łączna minimalna moc znamionowa była wskazana w formularzu przez Zamawiającego. Tabela 2 zawierała dwa takie zestawy: poz. 1 o max. liczbie 8 paneli i min. mocy 2,48 kWp; poz. 2. o max. liczbie 10 paneli i min. mocy 3,1 kWp.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust.1 ustawy Pzp w piśmie z dnia 4 grudnia 2020 r. wezwał ML System S. A. o przedłożenie dokumentów, także w zakresie dokumentów wskazanych w pkt 8.7.3 lit. b) SIWZ (opisanych powyżej).

Wykonawca przedłożył wymienione powyżej dokumenty na potwierdzenie wymaganych dostaw, w tym dla dotyczących modułów.

Następnie Zamawiający w piśmie z dnia 28 grudnia 2020 r. wezwał wykonawcę ML System na podstawie art. 26

ust.3 ustawy Pzp do wyjaśnienia następujących zagadnień:

(...)

- 1) wyjaśnienia czy pod oznaczeniem „MOF 1000” Wykonawca - producent oferuje jeden model modułu fotowoltaicznego, czy jest to linia produktów, na którą składają się różne modele modułów,
- 2) wyjaśnienia różnicy w nazewnictwie modułów w ofercie, karcie technicznej i złożonych certyfikatach Nr 16643 Rew.O, 16647 Rew.O i 16646 Rew.O wydanych w dniu 10.08.2020r.,
- 3) informacji czy moduły fotowoltaiczne, które wykonawca oferuje pod oznaczeniem „MOF 1000” w każdej konfiguracji wskazanej w certyfikatach Nr 16643 Rew.O, 16647 Rew.O i 16646 Rew.O wydanych w dniu 10.08.2020r. oznaczonych tam jako odrębne modele spełniają wymagania Zamawiającego określone w pkt 1.7 załącznika Nr 1.2 do SIWZ;
- 4) jeżeli oznaczenie MOF 1000 jest nazwą modelu - do wyjaśnienia, dlaczego w certyfikacie, w którym oznaczenia produktów podawane są przez podmiot ubiegający się o certyfikat dla każdej z odrębnych konfiguracji sprzętu podano inne oznaczenie modelu?”

W uzasadnieniu tego wezwania podał:

„Wykonawca był zobowiązany, zgodnie z treścią formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ, do wskazania w ofercie oznaczenia producenta i modelu oferowanego modułu fotowoltaicznego i inwertera. Wykonawca w złożonej ofercie wskazał, że oferuje moduł fotowoltaiczny o oznaczeniu modelu: ML System MOF 1000. Tymczasem z treści przedstawionego przez wykonawcę certyfikatów Nr 16643 Rew.O, 16647 Rew.O i 16646 Rew.O wydanych w dniu 10.08.2020 r. mających potwierdzać zgodność oferowanego produktu z normami IEC 62716, IEC 61215, IEC 61730, IEC 61701 wynika, że oznaczenie MOF 1000 (użyte zarówno w formularzu ofertowym, jak i w karcie katalogowej modułu PV dla oznaczenia modelu) dotyczy grupy modułów o różnych parametrach (między innymi dotyczących mocy). Z ww. certyfikatu wynika, że w ramach oznaczenia MOF 1000 występują moduły o różnych oznaczeniach dodatkowych, które określane są tam jako modele, np. ML-S6MF/T1-XXX-992/1639. Z uwagi na powyższe, Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości wskazania oznaczenia modelu oferowanego modułu w ofercie Wykonawcy - zgodnie z wymaganiami SIWZ”.

Wykonawca w odpowiedzi w piśmie z dnia 30 grudnia 2021r. w zakresie wymaganych podał:

(...)

1. Potwierdzamy, iż podany w treści oferty moduł MOF 1000 stanowi konkretny model modułu, zindywidualizowany co do parametrów i rodzaju. Wykonawca tym samym zapewnia, że pod oznaczeniem „MOF1000” ML SYSTEM S.A. oferuje jeden model modułu, o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego.”

(...)

2. Nazwa modułu "MOF1000", widniejąca na karcie produktu, jest jednocześnie nazwą całej rodziny produktów, dla której wystawiony został certyfikat. Zwyczajowo, odnosząc się jednak do ww. rodziny, w dokumentacji Spółka oraz jednostki certyfikujące posługują się dodatkowym oznaczeniem „rodzina” lub „seria”. Wyjaśniając powyższe, podaję, iż nazwa modułu z karty produktu referuje do modułu dostarczanego bezpośrednio przez producenta, o parametrach bazowych, tj. nie zmodyfikowanych na potrzeby sprzedaży detalicznej ani pod indywidualne zamówienia hurtowe. Producent oferowanego w niniejszym postępowaniu modułu nie oznaczył go żadnym dodatkowym opisem, gdyż jest produkt „pierwszy w serii”, z 60-cioma ogniwami w module, w aluminiowej ramce 40 mm, mocy znamionowej 310 W i wymiarach podanych w zaprezentowanej karcie katalogowej. Innymi słowy, jest to produkt, który zapoczątkował całą linię modułów MOF1000, swego czasu najbardziej popularny i często wykorzystywany w przydomowych instalacjach fotowoltaicznych. Następne zmiany parametrów modułu, polegające na zmianie jego wielkości, mocy znamionowej lub liczby ogniw, wymusiły na producencie dodanie do stosowanej nazwy dodatkowego oznaczenia dla kolejnych (nowych) modułów, które musiał odróżnić od produktu bazowego. W konsekwencji, przy oznaczeniach „dalszych” modułów pojawiły się cyfry wskazujące na moc znamionową, liczbę ogniw lub inne cechy urządzenia. Co więcej, przy dalszych modyfikacjach, a także w celach marketingowych, producent posługiwał się także takimi oznaczeniami jak przykładowo "ECO LIGHT", "HALF CUT SILVER (moduł z ogniwami ciętymi na pół)" lub "ML OPTIMA", które oznaczenia – stanowiąc nazwę handlową, dodatkowo identyfikowały dany typ modułu (daną modyfikację). Moduł MOF 1000 oferowany w ramach niniejszego postępowania nie został jednak nigdy oznaczony ani dodatkowym symbolem (cyfrą), ani dodatkową nazwą handlową, gdyż zwyczajowo wśród handlowców przyjętą się on pod ww., pierwotnym oznaczeniem, i po wprowadzeniu nowych produktów, nie zdecydowano się na zmianę utartego już nazewnictwa”.

(...)

3. Moduły wskazane w certyfikacie Nr 16643 Rew.O, 16647 Rew.O i 16646 Rew.O wchodziły w skład rodziny modułów, oznaczonej jako rodzina MOF1000. Moduły z tej serii, ale w innej modyfikacji niż oferowana w niniejszym postępowaniu, nie występują pod nazwą handlową „MOF1000”, tylko zawsze dodatkowym oznaczeniem słowno-liczbowym. Są to inne produkty, nie objęte ofertą. Zgodnie z treścią przedłożonego certyfikatu, został on wydany dla całej rodziny modułów, na co wskazuje nagłówek dokumentu „Rodzina modułów MOF1000”, i obejmuje wszystkie modele z ww. grupy, także oznaczone symbolami w zakresie ML-S6MF/T1-115-670/1004. Oznacza to, że na potrzeby certyfikacji przebadane zostały moduły o różnej liczbie ogniw, mocy znamionowej, w technologii ogniwa „Mono-Si”. Świadczy o tym zawarte w treści certyfikatu oświadczenie „Rozszerzone modele są oparte na próbkach testowanej z rozszerzeniem w technologii ogniw, mocą szczytową i liczbą ogniw – patrz Załącznik”.

(...)

4. Nie znamy, jako Producent i Wykonawca, przyczyn wskazanego sposobu prezentacji danych przez jednostkę certyfikującą. Badaniu poddane zostały modele z danej rodziny produktów – w tym model bazowy. W treści certyfikatu – obok wyraźnego określenia, że dotyczy on całej rodziny produktów, wymieniono „rozszerzone” modele, tj. produkty zmodyfikowane, w zależności m.in. od mocy i rozmiaru. Z daleko idącej ostrożności Spółka, będąca jednocześnie i Producentem, i Wykonawcą, zapewnia, iż oferowany przez nią moduł o ww. oznaczeniu jest i będzie zgodny z treścią SIWZ. Celem wskazania w Ofercie modułu własnej produkcji było bowiem zaoferowanie urządzenia idealnie dopasowanego w swych parametrach do oczekiwań Zamawiającego, i w tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie wątpliwości co do właściwości i parametrów oferowanego urządzenia, które nota bene, nie muszą być wyrażone wprost w karcie katalogowej produktu (która także stanowi oświadczenie wiedzy producenta)”.

Także w tych wyjaśnieniach powołał się [dla potwierdzenia, że na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu produkt (moduł) o nazwie MOF1000 był dostępny i dostatecznie zindywidualizowany zarówno co do cech, jak i parametrów] na oferowane identyczne moduły w innym postępowaniu z roku 2020, w którym oferta spółki nie została odrzucona jako niezgodna z SIWZ lub ustawą. Przedstawił na tę okoliczność dokumenty dotyczące przetargu dla gminy Harasiuki.

Izba za niezasadny uznała zarzut braku wskazania w treści tej oferty konkretnego producenta modelu oraz modułu. Wskazany w formularzu ofertowym wykonawcy ML System symbol MOF 1000 dla modułu ML System stanowi pełną nazwę oferowanego panelu fotowoltaicznego, które producentem jest wykonawca ML System S.A. i nie jest zasadne twierdzenie, że opisy uniemożliwiały Zamawiającemu ocenę tego co w istocie wykonawca oferuje. Tym samym s okolicznościach tej sprawy, brak podstaw do kwestionowania twierdzeń wykonawcy ML System, że MOF 1000 jest pełną nazwą modelu, o określonych parametrach.

Zdaniem Izby oferta ML System S.A jest zgodna z postanowieniami pkt. 13.4 SIWZ. Wykonawca ten w pozycjach wyznaczonych formularza oferty podał nazwę modułu („model”), jak i dane producenta, którym w tym przypadku (jak wskazano) jest też wykonawca. Dla każdego z zestawów instalacji, zarówno montowanych na gruncie i na budynkach gospodarczych osób fizycznych, jak i tych na budynkach mieszkalnych, ML SYSTEM zaoferował: „ML SYSTEM MO 1000(moduł)”. Niewątpliwie ani dane producenta, ani nazwa modułu – w świetle dokonanych ustaleń niepodważanych przez Odwołującego - nie mogą budzić wątpliwości co do intencji oferenta, który zaproponował realizację zamówienia przy pomocy konkretnego urządzenia produkcji własnej. Fakt, że na dzień składania ofert w przedmiotowym postępowaniu produkt o nazwie MOF1000 istniał i był dostatecznie zindywidualizowany zarówno co do cech, jak i parametrów, także nie został podważony przez Odwołującego. Jak wskazywał Przystępujący wykonawca ML System S.A., w ofercie produktów ML SYSTEM S.A. widnieje tylko jeden moduł o nazwie MOF 1000 scharakteryzowany przez konkretne parametry, spełniający jednocześnie wymagania według SIWZ potwierdzone w złożonej karcie katalogowej modułu fotowoltaicznego. ML System S.A. wykazał ponadto, że moduł identyfikowany jest po nazwie MOF 1000, bez dodatkowych oznaczeń literowych czy numerycznych. W tym przypadku powołał się na stosowane oznaczenia na tabliczkach znamionowych (etykietach) dla produktu i na tę okoliczność przedłożył stosowną dokumentację faktograficzną. Także wskazał na art. 13 pkt 7 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U. z 2019 r. poz. 544 ze zm.) zgodnie z którym, producent ma obowiązek umieścić na wyrobie, a w przypadkach określonych w przepisach szczególnych na opakowaniu, w załączonym dokumencie lub na etykiecie, informacje umożliwiające identyfikację wyrobu.

Izba, co do zarzutu odnoszącego się do certyfikatu i jego treści, przede wszystkim zwraca uwagę, że Zamawiający dokumentom wymienionym w punkcie w pkt 8.7.3 lit. b) SIWZ przypisał określone funkcje:

a.karty katalogowe modułów i inwerterów fotowoltaicznych miały obejmować informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 1.2 do SIWZ, zgodnie z pkt. 1.7 (dla modułu) i pkt. 1.8 (dla inwertera) projektu;

b.certyfikat miał potwierdzać pozytywny wynik:

✓zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730, IEC 61701;

✓odporności modułów na amoniak NH₃ zgodnie z normą IEC 62716 lub równoważną.

Fakt, że takie informacje zawierają wskazane dokumenty nie jest w odwołaniu kwestionowany. Izba ponadto wskazuje, że w nagłówku certyfikatu wskazano „Rodzina modułów MOF 1000”. Dalej w treści certyfikatu (i jego odesłaniu do załącznika) zawarte jest oświadczenie: „Rozszerzone modele są oparte na próbie testowanej z rozszerzeniem w technologii ogniw, mocą szczytową i liczbą ogniw – patrz Załącznik”. Zatem nie ma podstaw do kwestionowania stanowiska Przystępującego, że dokument ten obejmuje wszystkie modele z wymienionej grupy, a to oznacza to, że na potrzeby certyfikacji przebadane zostały moduły o różnej liczbie ogniw, mocy znamionowej, w technologii ogniwa „Mono-Si”. W treści zatem certyfikatu - obok wyraźnego określenia, że dotyczy on całej rodziny produktów, wymieniono „rozszerzone” modele, tj. produkty zmodyfikowane, w zależności m.in. od mocy i rozmiaru. Izba także zauważa, że Odwołujący nie kwestionował twierdzeń Przystępującego wykonawcy, że takie działania jednostki certyfikującej są zgodne nie tylko z ogólnie przyjętą praktyką certyfikacji modułów fotowoltaicznych, ale i z treścią normy, według której prowadzona jest certyfikacji. Izba zgodziła się z Przystępującym, że dany moduł jest scharakteryzowany przez parametry techniczne i to one identyfikują dany produkt. Parametry te podane zostały w karcie katalogowej dostępnej dla modułu i zgodne są z treścią SIWZ.

Co do zarzutu niewłaściwego koloru oferowanego panelu (w kolorze aluminium) niewątpliwie (jak wskazywał Przystępujący wykonawca) aluminium nie jest kolorem, a metalem (nieżelaznym), który można pomalować. fakt wykorzystania tego materiału do budowy nie definiuje jego koloru.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec ustaleń, co do niezasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp także podlega oddaleniu zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 tej ustawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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

.....
.....
.....