Sygn. akt: KIO 208/21

KIO 213/21

WYROK

z dnia 18 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Pabianicach**,

B. w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **J. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w Baninie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską Rumia**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt V odwołania wykonawcy FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Pabianicach wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.**

2. **Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Pabianicach w zakresie zarzutu odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Pabianicach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

3. **Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.**

4. **Oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę J. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w Baninie.**

5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 208/21 obciążazamawiającego **Gminę Miejską Rumia** w części **1/3** oraz wykonawcę **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Pabianicach** w części **2/3** i:

   5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **22 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

   5.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Miejskiej Rumia** na rzecz wykonawcy **FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Pabianicach** kwotę **3 800 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy).

6. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 213/21 obciążawykonawcę **J. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w Baninie** i:

   6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **J. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w Baninie** tytułem wpisu od odwołania,

   6.2. zasądza od wykonawcy **J. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w Baninie** na rzecz zamawiającego **Gminy Miejskiej Rumia** kwotę 4 397 zł 51 gr (słownie: cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na rozprawę.

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.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 208/21

213/21

U z a s a d n i e n i e

Gmina Miejska Rumia, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie, dostawa i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2020 r. pod numerem 2020/S 180-433978.

W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawca FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Pabianicach, dalej „Odwołujący 1" lub „FlexiPower", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty DOMOTERMIKA K. M. w sytuacji, w której zachodzą przesłanki odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty FlexiPower z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z SIWZ polegającą na tym, że z treści dokumentu „Autoryzacja montażowo — serwisowa" załączonego do oferty nie wynika, że stanowi on aktualną autoryzację producenta paneli fotowoltaicznych na montaż i serwis zaproponowanych w ofercie paneli fotowoltaicznych, podczas gdy treść złożonego dokumentu stwierdza, że FlexiPower taką autoryzację posiada i złożyła ją wraz z ofertą,
3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania FlexiPower do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie dokumentu „Autoryzacja montażowo - serwisowa", podczas gdy z treści rzeczonego dokumentu Zamawiający wywieść powinien był co najmniej nieprecyzyjność lub wątpliwość interpretacyjną, która umożliwiała i obligowała Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień co do treści dokumentu „Autoryzacja montażowo - serwisowa",
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 38 k.c. w zw. z art. 205 § 1 k.s.h. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOMOTERM1KA K. M. z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, podczas gdy złożon przez tegoż wykonawcę dokument „Certyfikat szkolenia" nie powinien był zostać uznany za autoryzację w ogóle, a w szczególności za autoryzację wystawioną przez producenta paneli fotowoltaicznych,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOMOTERMIKA K. M. z uwagi na je niezgodność z SIWZ, podczas gdy zgodnie z pkt 3.4.2. PFU (załącznika Al do SIWZ i analogicznej treści w załączniku A2) Zamawiający wymagał załączenia do oferty certyfikatów zgodności z normą PN-EN 61215:2005 Moduły fotowoltaiczne (PV) z krzemu krystalicznego do zastosowań naziemnych - Kwalifikacja konstrukcji i aprobata typu, normą PN-EN 61730-1:2007 Ocena bezpieczeństwa modułu fotowoltaicznego (PV) - Część 1: Wymagania dotyczące konstrukcji oraz normą PN-EN 61730-2:2007 Ocena bezpieczeństwa modułu fotowoltaicznego (PV) - Część 2: Wymagania dotyczące badań,
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór i zaniechanie odrzucenia oferty DOMOTERMIKA K. M. z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, podczas gdy zgodnie z pkt 3.4.2. PF Zamawiający wymagał wartości określonych dla kabli: 4.0 mm2 (12 AWG), długość 1200 mm(+) oraz 1200 mm(-), a z treści karty katalogowej wynikało, że zastosowany do panelu fotowoltaicznego przewód przyłączeniowy ma długość ok. 500 mm,
7. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty FlexiPower oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty DOMOTERMIKA K. M. .

W dniu 18 stycznia 2021 r. również wykonawca J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą JSB Construction PPHU J. S. z siedzibą w Baninie, dalej „Odwołujący 2" lub „JSB", wniosła odwołanie (sygn. akt KIO 213/21 zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującego 2, pomimo iż oferta ta jest zgodna z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności z wymaganiami wskazanymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym dla Gminy Miejskiej Rumia oraz Gminy Szemud stanowiącym odpowiednio załączniki numer A_1 oraz A_2 do SIWZ w brzmieniu z uwzględnieniem dokonanej przez Zamawiającego w dniu 13.10.2020 r. zmiany tych załączników poprzez wyeliminowanie konieczności przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą symulacji dostarczanej energii elektrycznej w systemów fotowoltaicznych oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przejawiające się w wyborze oferty Domotermika K. M. jako najkorzystniejszej, w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez uznanie tej oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty JSB oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do postępowań odwoławczych w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismami z dnia 15 lutego 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołań w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie o sygn. akt KIO 208/21 zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego 1, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 213/21 zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi do SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców, wyjaśnień złożonych przez JSB, informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych. Izba

wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 lutego 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, dostawa i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ", w pierwotnym brzmieniu Zamawiający w załącznikach A_1 oraz A_2 do Programu Funkcjonalno - Użytkowego wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli symulacje pracy poszczególnych instalacji.

Zgodnie z pkt 3.4.5 PFU – Minimalne wymagania Zamawiającego w stosunku do paneli PV: (Kryterium oceny jakości dla modułów: Wymagana wartość) – Kable: 4.0 mm^2 {12 AWG), długość min. 1200 mm {+) oraz 1200 mm (-)

W trakcie postępowanie wpłynęło do Zamawiającego szereg pytań, w tym:

- pytanie nr 4: *W PFU widnieje zapis „Do oferty należy dołączyć kartę katalogową paneli producenta, oświadczenia producenta oraz certyfikaty potwierdzające spełnienie w/w wymagań. Należy również dołączyć autoryzację na montaż i serwis wydaną przez producenta zaproponowanych paneli ważną w okresie wykonywania prac montażowych i wydaną minimum 6 miesięcy przed datą złożenia oferty." W żadnym miejscu SIWZ mówiącym o sposobie przygotowania oferty ani o dokumentach, jakie mają się w niej znaleźć nie ma mowy o w/w dokumentach. Czy Zamawiający będzie ich wymagał? Należy nadmienić, że żądanie dokumentu potwierdzającego autoryzację na montaż i serwis wydanego wcześniej niż 6 miesięcy przed datą złożenia oferty stanowi naruszenie uczciwej konkurencji i nie odzwierciedla rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, stąd wnosimy o rezygnację z w/w wymogu,* gdzie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający dopuszcza, by Wykonawca przedstawił aktualną autoryzację na montaż i serwis zaproponowanych w ofercie paneli fotowoltaicznych na dzień składania oferty, bez konieczności wskazania okresu w jakim autoryzacja została wydana. Zamawiający dokona zmiany treści SIWZ w ww. zakresie;*

- pytanie nr 32: *Do prawidłowego montażu paneli wystarczają przewody o długości 500 mm. Wskazany wymóg jest tylko konstrukcyjny. Zapis ogranicza uczciwą konkurencję. Prosimy o wykreślenie wymagań dotyczących długości przewodów,* gdzie Zamawiający odpowiedział, że *Zamawiający informuje, iż jest to zapis ogólny, dotyczący najczęściej stosowanych długości. Po stronie Wykonawcy leży prawidłowy dobór długości przewodów. Zamawiający pozostawia zapisy treści SIWZ w ww. zakresie bez zmian;*

- pytanie nr 43: *Zamawiający wskazuje w PFU, że do oferty należy dołączyć symulacje pracy dla poszczególnych instalacji. Informujmy, że nie jest możliwe wykonanie symulacji na podstawie w zapisów z PFU zawartych w nich danych. Do wykonania symulacji jest wymagany projekt, który zwiera szczegółowo ustawanie paneli ich docelowa ilość itp. Wnioskujemy o rezygnację z wymogu dostarczenia symulacji z uwagi na ich ewentualną nierzetelności.* gdzie Zamawiający odpowiedział, że *Zamawiający zgadza się na wykonanie symulacji pracy dla poszczególnych instalacji na etapie projektu. Zgodnie z zapisami PFU łączna roczna produkcja energii elektrycznej z instalacji w Gminie Miejskiej Rumia musi wynieść minimum 243,375 MWh, w Gminie Szemud musi wynieść minimum 215,94 MWh. Zamawiający dokona zmiany treści SIWZ w ww. zakresie;*

- pytanie nr 67: *Prosimy o potwierdzenie czy Zamawiający zgodnie z PFU wymaga: „Na potwierdzenie wielkości rocznej produkcji energii elektrycznej do oferty należy dołączyć symulacje pracy poszczególnych instalacji (zestawów) wykonanych za pomocą programu służącego do wykonywania symulacji pracy instalacji fotowoltaicznej o zakresie danych umożliwiających wykazanie oszczędności energii elektrycznej i wskazujących na przyjęte założenia." Jest to o tyle istotne że Zamawiający nie podał dla której instalacji należy dołożyć akumulator. Tym samym czy w symulacji akumulator ten nie musi być uwzględniany ? Pragniemy zwrócić uwagę, ze wykonanie symulacji bez przeprowadzenia dokładnych pomiarów i tak nie odzwierciedla rzeczywistej produkcji, a dotykowo jest bardzo pracochłonne. Prosimy tym samym o zrezygnowanie z konieczności dołożenia na etapie składania ofert symulacji,* gdzie Zamawiający odpowiedział, że *Zamawiający będzie wymagał tego typu dokumentacji na etapie sporządzania dokumentacji wykonawczej przez Wykonawcę, w celu zbadania przewidywanej rocznej produkcji energii z zestawów fotowoltaicznych dla każdej lokalizacji. Zamawiający zgadza się na wykonanie symulacji pracy dla poszczególnych instalacji na etapie projektu. Zgodnie z zapisami PFU łączna roczna produkcja energii elektrycznej z instalacji w Gminie Miejskiej Rumia musi wynieść minimum 243,375 MWh, w Gminie Szemud musi wynieść minimum 215,94 MWh. Zamawiający dokona zmiany treści SIWZ w ww. zakresie.*

Stanowisko Zamawiającego zawarte w wyjaśnieniach na zapytania dotyczące treści SIWZ znalazło potwierdzenie w zawiadomieniu o zmianie treści SIWZ z dnia 13 października 2020 r., gdzie Zamawiający w punkcie 4 tego zawiadomienia informuje o usunięciu z załącznika A_1 do SIWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy [PFU] dla Gminy Miejskiej Rumia zapisów dotyczących konieczności przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą symulacji potwierdzającej roczną produkcję energii elektrycznej. Identyczna zmiana, tj. wykreślenie obowiązku przedłożenia symulacji dotyczy załącznika A_2 do SIWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy [PFU] dla Gminy Szemud.

Równocześnie Zamawiający zmodyfikował postanowienia SIWZ oraz formularza ofertowego, w taki sposób, że do oferty należało dołączyć aktualną autoryzację producenta paneli fotowoltaicznych na montaż i serwis zaproponowanych w ofercie paneli fotowoltaicznych, a w formularzu ofertowym oświadczyć, że wielkość łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Miejskiej Rumia wyniesie minimum 243,375 MWh, a wielkość łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Szemud wyniesie minimum 215,94 MWh.

Izba ustaliła, że do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło 9 wykonawców, w tym FlexiPower, JSB oraz wykonawca Domotermika K. M. .

Wykonawca Domotermika K. M., załączył do oferty certyfikat szkolenia, gdzie wskazano, że Viessmann Sp. z o.o. Wrocław potwierdza, że *wykonawca odbył szkolenie z zakresu montażu instalacji fotowoltaicznych. Zakres szkolenia OZE (systemy fotowoltaiczne): montaż, uruchomienie i serwisowanie instalacji. Autoryzacja ważna do dnia 02.02.2022 r.* Certyfikat został podpisany przez p. W. S. Dyrektora Sprzedaży. Do oferty załączono też kartę katalogową VIESSMANN PV VISOLAR – 2, która zawiera informację, że przewody przyłączeniowe mają długość ok. 500 mm.

FlexiPower do oferty załączył dokument zatytułowany „AUTORYZACJA MONTAŻOWO - SERWISOWA", gdz producent paneli fotowoltaicznych zaświadcza, że *firma Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. K. została przeszkolona w zakresie: doboru, projektowania, serwisu gwarancyjnego oraz pogwarancyjnego produktów fotowoltaicznych wchodzących w skład oferty MP Solar Group Sp. z o. o.*

JSB do oferty załączył symulację pracy poszczególnych instalacji.

Pismem z dnia 4 grudnia 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał JSB do udzielenia wyjaśnień dotyczących jego oferty, podnosząc że *w ust. 6 i 7 Załącznika nr 1 do SIWZ „FORMULARZ OFERTA oświadczyli Państwo spełnianie minimalnych wartości łącznego uzysku prądu dla zainstalowanych przez Państwa instalacji fotowoltaicznych tj.: „6. Oświadczam/y, że wielkość łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Miejskiej Rumia wyniesie minimum 243,375 MWh.7. Oświadczam/y, że wielkość łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Szemud wyniesie minimum 215,94 MWh." Natomiast załączona przez Państwa do oferty symulacja pracy poszczególnych instalacji wskazuje wartość niższą niż oświadczyli Państwo w ww. dokumencie. Zamawiający prosi o wyjaśnienie powyższych rozbieżności. Przypominamy, że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty.*

Wykonawca odpowiedział w piśmie z dnia 7 grudnia 2020 r. wskazując, że załącza Zestawienie Symulacji z wielkością łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Miejskiej Rumia która wyniesie 244,517 MWh i jest wyższa do założeń z PFU określona na minimum 243,375 MWh oraz wielkością łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Szemud wyniesie 216,474MWh i jest wyższa od założeń z PFU określona naminimum 215,94 MWh. Równocześnie wykonawca wskazał, że *Symulacja przedstawia przybliżone wartości, możliwe do spełnienia przy założeniu określonych, sprzyjających warunków. Zamawiający nie określił w jakich widełkach ma być wykonana symulacja produkcji energii elektrycznej na etapie składania oferty. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 13.10.2020 r. [odpowiednio w punktach 4 i 5] usunął konieczność przedkładania symulacji w zakresie załącznika A1 oraz A2. Przedłożona zatem pierwotnie wraz z ofertą symulacja na obecnym etapie pozostaje bez znaczenia. Niezależnie w celu należytej realizacji zamówienia [jeśli zostanie nam udzielone] sporządzimy na etapie projektów wykonawczych właściwą symulację, celem osiągnięcia założeń łącznej produkcji energii elektrycznej. Jednocześnie JSB niezmiennie zobowiązuje się, zgodnie z Oświadczeniem złożonym w Ofercie osiągnąć wielkość łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznych w Gminie Miejskiej Rumia i Gminie Szemud.*

W dniu 8 stycznia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucając równocześnie 8 ofert.

Oferta FlexiPower została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że *Załącznik „AUTORYZACJA MONTAŻOWO-SERWISOWA", który Wykonawca złożył wraz z ofertą jest niezgodny Rozdziałem XII SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty" pkt 1 ppkt 7) oraz z pkt 21 ppkt 7) Załącznika nr 1 do siwz „FORMULARZ OFERTA" . Zamawiający Zmianą do treści SIWZ 2 z dnia 13.10.2020 r. dodał w ww. punktach zapis, iż do oferty należy załączyć: „aktualną autoryzację producenta paneli fotowoltaicznych na montaż i serwis zaproponowanych w ofercie paneli fotowoltaicznych". Wykonawca załączył do oferty ww. załącznik z którego treści wynika „iż firma Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. K. została przeszkolona w zakresie: doboru, projektowania, serwisu gwarancyjnego oraz pogwarancyjnego produktów fotowoltaicznych wchodzących w skład oferty MP Solar Group Sp. z o. o.". Zamawiający żądał załączenia do oferty aktualnej autoryzacji producenta paneli fotowoltaicznych na montaż i serwis zaproponowanych w ofercie paneli fotowoltaicznych. W treści załącznika brak jest aktualnej autoryzacji na montaż zaproponowanych w ofercie paneli fotowoltaicznych. Wykonawca nie spełnił ww. wymogu. Ze względu na treść art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi, że zmiana oferty jest możliwa wyłącznie przed upływem terminu do składania ofert oraz z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty w toku jej badania i oceny, Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w oparciu o powyższe artykuły, gdyż skutkowałoby to zmianą treści wcześniej złożonej oferty, w celu doprowadzenia jej do zgodności z treścią SIWZ. Bezspornym jest, iż kreowanie treści oferty po jej złożeniu i publicznym otwarciu, pozostawia innych Wykonawców w sytuacji uniemożliwiającej równe konkurowanie w postępowaniu. Z uwagi, na fakt niezastosowania się Wykonawcy do wymogów zawartych w SIWZ, nie jest możliwe porównanie oferty nr 6 z innymi ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu. W związku z powyższym, oferta nr 6 złożona przez ww. Wykonawcę została odrzucona zgodnie z art. 89 ust I pkt 2) ustawy Pzp, który w sposób bezwzględny nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.*

Oferta JSB została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że *Wykonawca załączył do oferty charakterystykę wytwarzanej ilości energii na poszczególnych obiektach, w formie załącznika: „SYMULACJA PRACY INSTALACJI FOTOWOLTAICZNYCH - UZYSKI GMINA MIEJSKA RUM przekazanych dokumentów wynika, że suma wytwarzanej energii w ciągu I roku jest mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego. Na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. I ustawy Pzp, Wykonawca przekazał wyjaśnienia wraz z załącznikiem w formie symulacji ilości rocznej produkcji energii elektrycznej dla 9 budynków z Gminy Miejskiej Rumia. Wykonawca w wyjaśnieniach ponownie podał błędnie zsumowaną ilość energii dla poszczególnych miesięcy dla budynku Szkoły Podstawowej nr 6, gdzie z zestawienia szczegółowego wynika, iż ilość wyprodukowanej energii w skali całego roku będzie mniejsza 0 2000 kWh (kilowatogodzin) od tej zadeklarowanej w zestawieniu. Dla pozostałych 8 budynków z Gminy Miejskiej Rumia w zestawieniu podano poprawne dane, które zgadzają się z charakterystykami szczegółowymi wytwarzanej energii, w poszczególnych miesiącach, które Wykonawca przedstawił. W zestawieniu zbiorczym została błędnie przepisana liczba wytworzonej energii elektrycznej o 2000 kWh z charakterystyki szczegółowej. Z przekazanych przez Wykonawcę dokumentów oraz wyjaśnień wynika, że suma wytwarzanej energii w ciągu I roku jest mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego o 858 kWh (kilowatogodzin). Efektem tego błędu jest niespełnienie wymagań stawianych przez Zamawiającego tj. uzyskania minimalnej rocznej wytworzonej energii elektrycznej w ilości 243.375 kWh dla Gminy Miejskiej Rumia. Z danych szczegółowych przedstawionych przez Wykonawcę wynika, że wytworzone zostanie 242.517 kWh. Wskazana przez Wykonawcę ilość jest mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego ilości wyprodukowanej energii elektrycznej. Pomimo, iż Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert przedłożenia ww. dokumentów przez Wykonawców, to nie był zwolniony z obowiązku badania treści przedkładanych przez nich dokumentów. W ramach obowiązku należytej staranności Zamawiający winien sprawdzić dokumentację. Otrzymując symulację Zamawiający przeliczył ją oraz sprawdził czy spełniony został wymóg postawiony przez Zamawiającego, iż wielkość łącznej rocznej produkcji energii elektrycznej z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Miejskiej Rumia oraz w Gminie Szemud zgadza się z minimum wskazanym w SIWZ.Oferta ww. Wykonawcy nie spełniła wymagań*

postawionych przez Zamawiającego. W związku z powyższym, oferta nr 7 złożona przez ww. Wykonawcę została odrzucona zgodnie z aft. 89 ust I pkt 2) ustawy Pzp, który w sposób bezwzględny nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. 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) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, 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). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołań wniesionych w dniu 18 stycznia 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawa nPzp".

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, co uprawniało ich do złożenia odwołań.

Sygn. akt KIO 208/21

W pierwszej kolejności Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt V *petitum* odwołania, wobec wycofania przez Odwołującego 1 wyżej wskazanego zarzutu.

Następnie, Izba uznała, że zarzut odrzucenia oferty FlexiPower na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący 1 podnosił, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny dokumentu załączonego przez niego do oferty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, w zakresie instytucji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie przez ustawodawcę obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), ma dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które to również są zamieszczane w SIWZ).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Izba zauważa, że w treści SIWZ zamawiający nie sprecyzował swoich wymagań odnoszących się do autoryzacji producenta paneli fotowoltaicznych na montaż i serwis zaproponowanych paneli fotowoltaicznych. Zamawiający nie określił w ogóle jakie warunki winna ona spełniać. Odwołujący 1 załączył do oferty dokument zatytułowany „AUTORYZACJA MONTAŻOWO - SERWISOWA", pochodzą od producenta zaoferowanych paneli.

Izba uznała więc, że oświadczenie to dotyczy zarówno montażu jak i serwisu, tym bardziej, że Zamawiający nie podał elementów jakie chciałby, aby zawierała wymagana autoryzacja. W związku z tym niedookreśleniem warunków w specyfikacji Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców, którzy mogą w granicach postanowień specyfikacji przedstawić różne rozumienie niedookreślonych pojęć. Zamawiający winien więc uznać powyższy dokument jako prawidłowy. W ocenie Izby nie było też obowiązku wzywania wykonawcy do jakichkolwiek wyjaśnień.

W dalszej kolejności Izba uznała, że pozostałe zarzuty podlegają oddaleniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego 1, że złożony w postępowaniu przez Domotermika K. M. dokument „Certyfikat szkolenia" nie powinien był zostać uznany za autoryzacją w ogóle, a w szczególności za autoryzację wystawioną przez producenta paneli fotowoltaicznych. Odwołujący 1 podnosił, że przedłożony dokument nazwany jest certyfikatem szkolenia, co wyłącza możliwość w ramach reguł wykładni językowej uznanie go za autoryzację. Ponadto wskazywał, że dokument został podpisany i wystawiony przez osobę, która nie występuje w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jako reprezentant producenta paneli, a wraz z przedmiotowym dokumentem nie zostało złożone żadne pełnomocnictwo czy upoważnienie, które pozwalałoby na składanie oświadczeń o treści takich jak w dokumencie „Certyfikat szkolenia".

Izba ustaliła, że z treści zaświadczenia wprost wynika, że wykonawca Domotermika K. M. został przeszkolony przez producenta oferowanych paneli w zakresie montażu uruchamiania i serwisu oraz otrzymał od tegoż producenta jego autoryzację ważną do 2 lutego 2022 r. Oznacza to, że podmiot ten posiada autoryzację w zakresie montażu, uruchomiania i serwisowania urządzeń. Zresztą Zamawiający nie określił wzoru czy też formularza dla autoryzacji producenta paneli fotowoltaicznych Nadto, orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza składanie oświadczeń woli w rozumieniu art. 60 i 65 k.c. przez inne osoby zatrudnione w strukturach osoby prawnej. Zatrudnienie w strukturze osoby prawnej pracownika na określonym stanowisku wiąże się z udzielonym - w sposób wyraźny lub nawet tylko dorozumiany umocowaniem do dokonywania określonych czynności prawnych w imieniu pracodawcy. Za szczególny wypadek dorozumianego pełnomocnictwa uznać należy umocowanie płynące z przydzielenia kompetencji wynikających ze struktury osoby prawnej dla osób zajmujących się określonymi sprawami w określonej jednostce strukturalnej tej osoby prawnej (wyrok Sąd Najwyższy z dnia 8 maja 2003 r., sygn. akt II CKN 46/01, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2001 r., sygn. akt. I CKN 323/99). Ponadto,Odwołujący nie wykazał, że osoba podpisująca dokument nie jest uprawniona do tejże czynności, a to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu.

Dalej Odwołujący 1 wskazywał, że moduł oferowany przez wykonawcę Domotermika K. M. jest niezgodny z

postanowieniami SIWZ, bowiem zgodnie z załączoną kartą katalogową VIESSMANN PI VISOLAR-2 przewo przyłączeniowe mają długość ok. 500 mm, podczas gdy zgodnie z PFU Zamawiający wymagał, aby kable przyłączeniowe posiadały długość min. 1200 mm {+) oraz 1200 mm (-). Izba wskazuje, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 32 jest na tyle niejednoznaczna i w zasadzie wewnętrznie sprzeczna, że na tej podstawie nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy. Z jednej strony Zamawiający informuje, iż postanowienie PFU ma charakter ogólny, dotyczący najczęściej stosowanych długości, a po stronie wykonawcy leży prawidłowy dobór długości przewodów. Z drugiej strony Zamawiający pozostawia treść SIWZ bez zmian. W ocenie Izby wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań SIWZ, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy więc tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację podmiotów biorących udział w postępowaniu. Dlatego również ten zarzut Izba postanowiła oddalić.

Sygn. akt KIO 213/21

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego 2 jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. jeżeli oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a niezgodność ta nie może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Izba doszła do przekonania, że oferta Odwołującego 2 została przygotowana niezgodnie z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający rzeczywiście po modyfikacji postanowień SIWZ nie żądał od wykonawców składania wraz z ofertą symulacji dostarczanej energii elektrycznej przez instalacje fotowoltaiczne, niemniej Odwołujący załączył ją do oferty z własnej inicjatywy. Odwołujący podnosił, że skoro dokument był niewymagany to Zamawiający nie był uprawniony do badania załączonych przez oferenta symulacji, gdyż nie było obowiązku ich załączania.

Zamawiający wymagał, aby oferowane instalacje w danej gminie gwarantowały minimalną łączną roczną produkcję energii elektrycznej (uzysk). Dla Gminy Miejskiej Rumia wymagany minimalny roczny uzysk został określony na poziomie 243,275 MWh, natomiast dla Gminy Szemud 215,94 MWh. Izba ustaliła, że na etapie składnia ofert Zamawiający nie wymagał przedkładania symulacji uzysku z poszczególnych instalacji. Odwołujący 2 załączył do oferty charakterystykę wytwarzanej ilości energii na poszczególnych obiektach, w formie załącznika: „SYMULACJA PRACY INSTALACJI FOTOWOLTAICZNYCH - UZYSKI GMINA MIEJSKA RUMIA". Z przekazanych dokumentów wynikało suma wytwarzanej energii w ciągu jednego roku dla instalacji oferowanych dla Rumii (9 budynków) jest mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego. Symulacja wskazywał, że w zakresie Szkoły Podstawowej nr 7 ilość wyprodukowanej energii w skali całego roku to 16800 kWh, co powodowało, że łączna suma wytworzonej energii elektrycznej została podana o 2000 kWh mniej niż w ofercie.

Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 dawnego Pzp, w związku z rozbieżnością zadeklarowanego przez Odwołującego 2 uzysku ze wszystkich instalacji dla Rumii a sumą uzysków z poszczególnych instalacji dla Rumii, Odwołujący 2 przekazał wyjaśnienia wraz z załącznikiem w formie zliczenia tabelarycznego ilości rocznej produkcji energii elektrycznej dla 9 budynków z Gminy Miejskiej Rumia. Z zestawienia szczegółowego wynikało, iż ilość wyprodukowanej energii w skali całego roku będzie wyższa o 2000 kWh od tej zadeklarowanej w zestawieniu załączonym do oferty (w pozycji dotyczącej Szkoły Podstawowej nr 7 wskazano 18800 kWh). Dla pozostałych 8 budynków z Gminy Miejskiej Rumia w zestawieniu podano dane, które zgadzają się z charakterystykami szczegółowymi wytwarzanej energii, w poszczególnych miesiącach, które Odwołujący 2 przedstawił w ofercie. W zestawieniu zbiorczym uzysku dla Rumii została podana liczba wytworzonej energii elektrycznej zawyżona o 2000 kWh w porównaniu z symulacją roczną przedłożoną do oferty.

W efekcie powyższego, na podstawie oświadczenia Odwołującego 2 załączonego do oferty o uzyskach z oferowanych instalacji Zamawiający stwierdził, że oferta nie spełnia wymagań w zakresie rocznego uzysku minimalnego wytworzonej energii elektrycznej w ilości 243,375 MWh dla Gminy Miejskiej Rumia. Z danych szczegółowych przedstawionych przez Odwołującego 2 wynikało, że wytworzone zostanie 242,517 MWh. Wskazana przez Odwołującego 2 ilość jest mniejsza od wymaganej przez Zamawiającego rocznego uzysku dla Rumii, zatem niewystarczający uzysk stanowił podstawę odrzucenia oferty Odwołującego 2.

Izba uznała, że załączony do oferty dokument, jakkolwiek nie było obowiązku przedkładania go, jako zawierający istotne informacje mające znaczenie w przy ocenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ i ewentualny wpływ na wynik, powinien być poddany badaniu i uwzględniony przy ww. ocenie zważywszy, iż stanowi on dowód istotny przy podejmowaniu decyzji przez zamawiającego, w tym także o wyniku postępowania. Pomijanie treści symulacji doprowadziłoby do aprobowania oferty jednoznacznie niezgodnej z postanowieniami SIWZ. Z załączonych symulacji wydajności poszczególnych instalacji wynikał deficyt wydajności zsumowanego uzysku instalacji dla gminy miejskiej Rumia w stosunku do wymogu postawionego w SIWZ. Skoro wykonawca złożył pierwotnie dokument, z którego wynika, że poziom łącznej produkcji jest mniejszy niż wymagany przez Zamawiającego to zasadne było odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zresztą Odwołujący 2 nie wniósł odwołania na wezwanie do złożenia wyjaśnień, a same wyjaśnienia doprowadziły *de facto* do zmiany treści jego oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 208/21 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 573 i art. 574 ustawy nPzp oraz w oparciu o §7 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 wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/3 (zarzut zawarty w punkcie II *petitum* odwołania) i bezzasadne w pozostałej części 2/3 (zarzut zawarty w punkcie IV i VI *petitum* odwołania). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego 1 w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego 1 w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego 1 z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł, oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 22 200 zł 00 gr). Odwołujący 1 poniósł

dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika (15 000 zł + 3 600 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 14 800 zł (22 200 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1 kwotę3 800 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego 1 a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 213/21 Izba oddaliła odwołanie.O kosztach postępowania orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) 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 wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……