

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2021 r. przez wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Koźmin Wielkopolski, Stary Rynek 11, 63-720 Koźmin Wielkopolski

przy udziale wykonawcy K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą DOMOTERMIKA K. M., ul. Polna 1e/6, 82-500 Kwidzyn zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Gminie Koźmin Wielkopolski unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą DOMOTERMIKA K. M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych,

2. Kosztami postępowania obciążyć Gminę Koźmin Wielkopolski, Stary Rynek 11, 63-720 Koźmin Wielkopolski i:

2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Gminę Koźmin Wielkopolski tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądzić od Gminy Koźmin Wielkopolski na rzecz FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 796/22

Gmina Koźmin Wielkopolski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa instalacji fotowoltaicznych na terenie gmin Koźmin Wielkopolski, Rozdrażew i Zduny w celu zwiększenia produkcji energii ze źródeł odnawialnych.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 listopada 2021 r. pod nr 2021/S 215-564504.

W dniu 21 marca 2022 r. wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- I. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą DOMOTERMIKA K. M. (dalej: „DOMOTERMINKA”), której treść jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia i która została niezasadnie zmieniona w trybie poprawienia oczywistych omyłek,
- II. naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmian w formularzu cenowym oferty DOMOTERMIKA, które to zmiany powodują istotną zmianę w treści oferty, wpływając na jej relewantność przy wyborze najkorzystniejszej oferty oraz doprowadzenie do zaferowania innych urządzeń,
- III. naruszenie art. 16 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie zmian w treści oferty i niedozwolonych negocjacji z wykonawcą DOMOTERMIKA w zakresie oferowanych w postępowaniu urządzeń, mające na celu następce dostosowanie treści oferty do warunków zamówienia.
- IV. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DOMOTERMIKA, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim dostawy inwerterów GoodWe GW4K- DT oraz GoodWe GW6K-DT nie spełniają wymogu opisanego na stronie 5 Załącznika nr 3 OPZ sumarycznej mocy falowników po stronie AC równej 85 % mocy nominalnej modułów po stronie DC.

Odwołujący wniósł o:

- I. uwzględnienie odwołania,
- II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- III. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawienia oferty DOMOTERMIKA i nakazanie powtórzenia przeprowadzenia badania i oceny ofert,
- IV. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty DOMOTERMIKA,

natdo, Odwołujący wniósł o:

- V. orzeczenie na rzecz Odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości

3.600 złotych, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,

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

VII. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na Budowa instalacji fotowoltaicznych na terenie gmin Koźmin Wielkopolski, Rozdrażew i Zduny w celu zwiększenia produkcji energii ze źródeł odnawialnych. Część III zamówienia.

Odwołujący podał, że po unieważnieniu pierwotnej decyzji o wyborze oferty DOMOTERMIKA jako najkorzystniejszej, Zamawiający w dniu 4 marca 2022 r. dokonał poprawienia omyłek w formularzu cenowym (Załączniku nr 1.1) w części III zmieniając nazwy

urządzeń oferowanych przez DOMOTERMIKA w Załączniku nr 1 Formularz cenowy -Tabela Asortymentowo-cenowa w kolumnie „Producent i model modułu fotowoltaicznego oraz inwertera”:

- poz. 2 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 8 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 17 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 20 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW8K-DT”,
- poz. 35 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M40SWE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M40SWE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 39 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW6K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW8K-DT”,
- poz. 46 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 51 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW6K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW8K-DT”,
- poz. 52 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW6K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW8K-DT”,
- poz. 60 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 80 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 87 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 96 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 114 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 118 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,

- poz. 122 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 123 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 126 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 131 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 132 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 133 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 138 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 155 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 157 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW6K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW8K-DT”,
- poz. 162 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW6K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW8K-DT”,
- poz. 163 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 168 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”,
- poz. 170 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW6K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW8K-DT”,
- poz. 195 - przed poprawą: „VITOVOLT300 model M405WE/GoodWe GW4K-DT”, po poprawie: „VITOVOLT300 model M405WE /GoodWe GW5K-DT”.

W dniu 4 marca 2022 r. wykonawca DOMOTERMKA wyraził zgodę na poprawienie omyłek w ofercie.

W ocenie Odwołującego, wybór najkorzystniejszej oferty z dnia 11 marca 2022 r.

został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - w szczególności w zakresie niedozwolonej zmiany treści oferty, której potrzeba pojawiła się po zapoznaniu się z podniesionymi zarzutami przez Odwołującego w sprawie KIO 406/22. Odwołujący wskazał, że zarówno urządzenia „przed poprawą” jak i „po poprawie” funkcjonują na rynku, a

dokonanie takiej zmiany nie tylko godzi wprost w treść art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, ale także w zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Izby wskazuje się, że „wszelkie próby poprawiania lub uzupełniania ofert także prawodawca unijną reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Dopuszcza

się jedynie niewielkie wyjaśnienia i sprostowania omyłek, które mają być dokonywane na równych zasadach, jednakże w taki sposób, który nie prowadzi do wytworzenia nowej oferty.” (wyrok z dnia 23 października 2020 r., sygn. akt KIO 2513/20).

Zdaniem Odwołującego, dokonanie tak dalekiej ingerencji w treść formularza ofertowego wykonawcy, że dochodzi do wskazania nowych urządzeń, o innej specyfikacji technicznej, prowadzi do wytworzenia nowej oferty - oferta przestaje być bowiem integralna, a nazwy nowych urządzeń pojawiły się jako element postępowania o udzielenie zamówienia, nie wymaga to bowiem składania jakiegokolwiek dokumentu wymaganego dla stwierdzenia integralności oferty - zmiana oferowanych urządzeń nie jest bowiem elementem jakiegokolwiek oświadczenia wiedzy, a kluczowym elementem oświadczenia woli, który staje się w konsekwencji jednym z essentialia negotii zawieranej w trybie ustawy umowy.

Odwołujący zaznaczył, że do poprawy omyłek doszło po zarzuceniu merytorycznej niezgodności oferty DOMOTERMIKA z warunkami zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na treści uzasadnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, gdzie Zamawiający wskazał, że „w toku prowadzonego postępowania oraz związku ze złożonym przez Wykonawcę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. odwołaniem zamawiający podjął wątpliwości co do prawidłowości oceny złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu w zakresie jego części III.”.

Odwołujący przywołał pogląd wyrażony w orzecznictwie: „Za inną omyłkę można uznać zaoferowanie trzech nazw preparatów, z których tylko jeden spełnia wymagania zamawiającego, i dopuścić poprawienie jej przez skreślenie nazw niewłaściwych preparatów i pozostawienie tylko nazwy preparatu spełniającego wymagania, jeżeli zamawiający dysponuje wystarczającym zasobem informacji, zawartym w ofercie, na którego podstawie dokonał poprawy innej omyłki, oraz jeżeli poprawa ta nie powodowała istotnej zmiany treści oferty, a w szczególności nie powodowała zmiany ceny oferty, co zresztą nie jest niezbędnym warunkiem do uznania, że poprawa nie powoduje istotnej zmiany oferty.” (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 223.).

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający

1. dokonał wyboru oferty DOMOTERMIKA z urządzeniami „przed poprawą”,
2. powziął wątpliwości po zapoznaniu się z zarzutami odwołania w sprawie KIO 406/22 - wskazującymi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia,
3. unieważnił wybór oferty DOMOTERMIKA,
4. zdekodował 29 pozycji formularza cenowego, w których oferowane dostawy nie spełniają warunków zamówienia,
5. wprowadził 29 zmian, z których wynika zaoferowanie innych urządzeń, dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jak zauważył Odwołujący, z treści oferty jednoznacznie wynikało, że w 29 pozycjach formularza ofertowego oferowane są inwertery GoodWe GW4K-DT i GW6K-DT. Zamawiający dokonał poprawek jedynie w tych pozycjach formularza, gdzie urządzenia te nie spełniały warunku mocy falowników po stronie AC instalacji. Nie została dokonana korekta np. pozycji 4 i 5 dla falownika GoodWe GW4K-DT oraz np. pozycji 30 i 31 dla falownika GoodWe GW6K-DT. Powyższe, w ocenie Odwołującego, wskazuje na to, że Zamawiający z premedytacją dopasował urządzenia oferowane przez DOMOTERMIKA dla mocy, dla których zaoferowane urządzenia nie pasowały, pomimo oczywistych niezgodności ceny w treści formularza - ewidentnie bowiem pozycje, w których domyślnie znajdowały się inwertery GW4K-DT i GW6K - DT są tańsze od pozycji, w których znajdowały się odpowiednio urządzenia GW5K-DT i GW8K-DT. Zdaniem Odwołującego, wprowadzona zmiana doprowadziła do wytworzenia nowej oferty, mającej na celu li tylko doprowadzenie do wymuszonego wyboru oferty najtańszej w kryterium ceny. Odwołujący stwierdził, że takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wprowadza nieprzejrzyste i nieznane ustawie kryteria dokonywania negocjacji z wykonawcą.

Odwołujący podał, że pomimo faktycznego uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w sprawie KIO 406/22, Zamawiający nie dokonał czynności uwzględnienia odwołania, a jedynie dokonał czynności zgodnych z wnioskiem odwoławczym. Powyższe obliuguje Odwołującego do popierania zarzutów w zakresie merytorycznej treści oferty (w zakresie jej treści przed dokonaniem poprawek) w celu realizacji interesu odwołania w całości.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający błędnie ocenił ofertę DOMOTERMIKA,

zaniechując przy tym jej odrzucenia. Odwołujący wskazał na postanowienie ze str. 5 Załącznika nr 3 OPZ"

„2. Inwerter fotowoltaiczny

Należy zastosować falowniki PV wg opisu w poniższej tabeli. Dopuszcza się jako zamienniki falowniki o niegorszych parametrach. Falowniki muszą mieć możliwość wzajemnej komunikacji i diagnostyki poprzez system nadzorujący. Sumaryczna moc falowników po stronie AC nie może być mniejsza niż 65% mocy nominalnej podłączonych modułów po stronie DC.

Wszystkie falowniki zastosowane dla instalacji fotowoltaicznych powinny pochodzić od jednego producenta.”.

Odwołujący stwierdził, że falowniki zaoferowane przez DOMOTERMINKA zostały źle dobrane w następujących pozycjach tabeli asortymentowo-cenowej: poz. 2, 8, 17, 39, 51, 52, 60, 87, 96, 114, 118, 122, 123, 126, 131, 132, 133, 138, 155, 163, 168, 195. Odwołujący wyjaśnił, że w celu spełnienia wymogu sumarycznej mocy falowników po stronie AC dla instalacji o mocy 4,86 kW moc falownika winna wynosić wartość wynikającą z poniższego wzoru:

$$85 \% * \text{Moc instalacji} = \text{Minimalna moc znamionowa modułów} \quad 85 \% * 4,86 \text{ kW} = 4,131 \text{ kW}$$

Tymczasem oferowany falownik GoodWe GW4K-DT posiada moc znamionową na poziomie 4 kW (4000 W)

W celu spełnienia wymogu sumarycznej mocy falowników po stronie AC dla instalacji o mocy 7,29 kW moc falownika winna wynosić wartość wynikającą z poniższego wzoru:

$$85 \% * \text{Moc instalacji} = \text{Minimalna moc znamionowa modułów}$$

$$85 \% * 7,29 \text{ kW} = 6,1 \text{ kW}$$

Tymczasem oferowany falownik GoodWe GW6K-DT posiada moc znamionową na poziomie 6kW (6000 W).

Odwołujący stwierdził, że wartości mocy znamionowej AC falowników są niższe niż minimalne wartości wymagane w OPZ, co czyni oferowane dostawy niezgodnymi ze Specyfikacją Warunków Zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca DOMOTERMINKA.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym

zakresie wymiernej szkody.

W przedmiotowej sprawie brak jest sporu co do tego, że oferta złożona przez

wykonawcę DOMOTERMIKA była w 29 pozycjach Załącznika nr 1.1 Formularz cenowy - Tabela Asortymentowo-Cenowa (część III) niezgodna z treścią dokumentacji postępowania w zakresie wymagania, aby sumaryczna moc falowników po stronie AC nie była mniejsza niż 85% mocy nominalnej podłączonych modułów po stronie DC (str. 5 Załącznika nr 3).

Okoliczność ta została przyznana przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy. Owa niezgodność polegała na zaoferowaniu falowników o zbyt małej mocy. Zamawiający dokonał poprawienia oferty przez dobranie falowników spełniających

ww. wymaganie.

Wskazać należy, że art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady,

iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni dokumentom zamówienia.

Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie wykonawcy jest okoliczność, że dokonana

poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Sąd Okręgowy w Krakowie

w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. wskazał, że: „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 PZP z 2004 r. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych,

opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu «omyłki»”. (sygn. akt XII GA 429/09).

Izba ustaliła, że dokonana przez Zamawiającego zmiana oznaczenia falowników doprowadziła do wskazania innych urządzeń, niż zostały pierwotnie zaoferowane, zastąpienia urządzeń nie spełniających wymagania SWZ urządzeniami wypełniającymi to wymaganie. Już samo to stwierdzenie wskazuje, że zmiana miała charakter istotny, a nie jedynie korygujący wcześniejszą nieścisłość, czy też niedokładność w określeniu tego, co wykonawca DOMOTERMIKA oferuje. W przedmiotowej sprawie istotne znaczenie ma fakt, że wskazane przez Zamawiającego modele falowników GoodWe GW5K-DT (zamiast GoodWe GW4K-DT) oraz GoodWe GW8K-DT (zamiast GoodWe 6K-DT) nie stanowiły jedynych falowników, które mogły zostać przyporządkowane do poszczególnych instalacji (29 pozycji). Producent, w oparciu o którego ofertę wykonawca DOMOTERMIKA skonstruował ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oferuje także inne modele falowników, które także, gdyby zostały zaoferowane, skutkowałyby spełnieniem spornego wymagania. Przeprowadzona przez Zamawiającego zmiana oświadczenia DOMOTERMIKA stanowiła dopasowanie przedmiotu oferowanego do zidentyfikowanych potrzeb Zamawiającego, jednak dopiero po otwarciu ofert. W tym miejscu należy wskazać na podstawowe zasady prowadzenia postępowania, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, oraz zasadę przejrzystości postępowania. W ocenie Izby, zmiana prowadząca faktycznie do zastąpienia jednego przedmiotu (niespełniającego wymagań) drugim (spełniającym) stanowi istotną modyfikację treści oferty i nie mieści się w dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Na skutek powyższego, na uwzględnienie zasługuje również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty DOMOTERMIKA jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 16

ustawy Pzp - działanie Zamawiającego skutkowało naruszeniem zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie zarzuty nie dotyczyły oceny ofert pod względem ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Brak zasadności przedmiotowego zarzutu pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego, który, jak wskazano w sentencji orzeczenia, polega na zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy DOMOTERMIKA.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego zasądzając na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: