Sygn. akt: KIO 1023/22

WYROK

z dnia 10 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2022 r. przez „SOLARTIME" S.A., ul. Załęska 106B, 35-322 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miączyn, Miączyn 107, 22-455 Miączyn

przy udziale Antinus Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39 lok. B5, 96-100 Skierniewice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „SOLARTIME" S.A. i zalicza w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną „SOLARTIME" S.A. tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez „SOLARTIME" S.A. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1023/22

Gmina Miączyn (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż instalacji paneli fotowoltaicznych na terenie Gminy Miączyn". 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 14 stycznia 2022 r. pod pozycją 2022/S 010-017718.

W dniu 12 kwietnia 2022 r. wykonawca „SOLARTIME" S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę ANTINUS Sp. z o.o. (dalej: „ANTINUS") jako oferty najkorzystniejszej,

2. badaniu i ocenie złożonych ofert,

3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ANTINUS, pomimo, że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, oraz pomimo że wykonawca ANTINUS nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych,

4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy JSB CONSTRUCTION PPHU J. S. (dalej: „JSB"), pomimo że treść oferty wykonawcy JSB jest niezgodna z warunkami zamówienia, oraz pomimo że wykonawca JSB nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych,

5. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Flexipower Group Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „Flexipower"), pomimo że treść oferty wykonawcy Flexipower jest niezgodna z warunkami zamówienia, oraz pomimo że wykonawca Flexipower nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych,

6. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANTINUS, oferty wykonawcy JSB oraz oferty wykonawcy Flexipower pomimo, że treść ww. ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANTINUS, oferty wykonawcy JSB oraz oferty wykonawcy Flexipower pomimo, że ww. wykonawcy nie złożyli w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych;

3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty ANTINUS, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ANTINUS jako oferty najkorzystniejszej,

2. dokonał ponownego badania i oceny ofert,

3. odrzucił ofertę wykonawcy ANTINUS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp, gdyż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na brak wskazania w niej falowników 1-fazowych,

4. odrzucił ofertę wykonawcy ANTINUS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. c) ustawy Pzp, gdyż ww. wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych,

5. odrzucił ofertę wykonawcy JSB na podstawie i z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 5 kwietnia 2022 r., a dodatkowo na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp, gdyż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na brak wskazania w niej falowników 1-fazowych, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. c) ustawy Pzp, gdyż ww. wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych,

6. odrzucił ofertę wykonawcy Flexipower na podstawie i z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 5 kwietnia 2022 r., a dodatkowo na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp, gdyż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na brak wskazania w niej falowników 1-fazowych, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp, gdyż ww. wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych,

7. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

A. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANTINUS, oferty wykonawcy JSB oraz oferty wykonawcy Flexipower, pomimo że treść ww. ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia

Odwołujący podał, że pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy ANTINUS jako najkorzystniejszej i jednocześnie o odrzuceniu oferty wykonawcy JSB i oferty wykonawcy Flexipower. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy JSB została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz pkt 5 ustawy Pzp - wykonawca nieskutecznie uzupełnił przedmiotowe środki dowodowe, a treść złożonej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, o których mowa w pkt 12.5.7.1.1 SWZ. Zamawiający wskazał ponadto, że oferta Flexipower została odrzucona na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c - wykonawca nieskutecznie uzupełnił przedmiotowe środki dowodowe w zakresie tłumaczenia dokumentu „2. 61215 i 61730 ENG.pdf" oraz uzupełnienia deklaracji zgodności producenta oferowanego inwertera.

Odwołujący podniósł, że niezależnie od tego, że Zamawiający słusznie odrzucił oferty złożone przez wykonawców JSB i Flexipower na podstawie i z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 5 kwietnia 2022 r., oferty ww. wykonawców, a także oferta złożona przez wykonawcę ANTINUS podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp, tj. ze względu na niezgodność ich treści z warunkami zamówienia polegającą na braku wskazania w ofertach falowników 1-fazowych.

Odwołujący stwierdził, że z treści SWZ wynika, że wykonawcy mieli obowiązek wskazać w treści złożonych ofert oferowane falowniki (inwertery) zarówno 1-fazowe jak i 3-fazowe. Powyższy obowiązek wynika z treści następujących dokumentów:

1) zgodnie rysunkiem nr IE01 „Schemat projektowanej rozdzielnicy T1" sporządzonym przez mgr inż. Ł.B. - wchodzącym w skład dokumentacji technicznej (plik 01) stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ - przewidziano 2 typy instalacji, tj. 1-fazowa oraz 3-fazowa,

2) zgodnie z rysunkiem nr IE03 „Zabudowa projektowanej rozdzielnicy T1" sporządzonym przez mgr inż. Ł.B. - wchodzącym w skład dokumentacji technicznej (plik 03) stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ - przewidziano 2 typy instalacji, tj. 1-fazową oraz 3-fazową,

3) z treści pkt 2.3.3 Projektu technicznego: mikroinstalacje fotowoltaiczne sporządzonego dla inwestycji „Odnawialne źródła energii w gminie Miączyn" przez mgr inż. Ł.B. we wrześniu 2019 r. - wchodzącego w skład dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ - wynika, iż na: „na potrzeby poszczególnych inwestycji zaprojektowano 1 fazowe i 3 fazowe beztransformatorowe inwertery o mocy znamionowej 3,0 kW każdy",

4) z treści pkt 2.3.6 Projektu technicznego: mikroinstalacje fotowoltaiczne sporządzonego dla inwestycji „Odnawialne źródła energii w gminie Miączyn" przez mgr inż. Ł.B. we wrześniu 2019 r. - wchodzącego w skład dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ - wynika, iż przewidziane zostały dwa rodzaje instalacji prosumenta: 1-fazowa i 3-fazowa,

5) z treści odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 51 z dnia 26 stycznia 2022 r. („Prosimy o dokładne określenie ile będzie użytych falowników 1 fazowych, a ile falowników 3 fazowych. Dane są niezbędne do przygotowania oferty.") udzielonej w trybie art. 135 ust. 6 ustawy Pzp na zapytanie wykonawcy dotyczące SWZ wynika, że: „Zamawiający nie ma wiedzy ile będzie użytych falowników 1 fazowych, a ile falowników 3 fazowych. Dla kalkulacji cenowej proszę przyjąć, że ilość instalacji trójfazowych stanowi 100 proc".

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że jakkolwiek Zamawiający nie był w stanie określić dokładnej liczby falowników 1-fazowych i liczby falowników 3-fazowych, jakie mają być użyte w ramach realizacji zamówienia, to jednak potwierdził, że przedmiot zamówienia obejmuje zarówno falowniki 1 fazowe jak i falowniki 3 fazowe. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oczywiste jest, że w ofertach wykonawcy mieli obowiązek wskazać oba typy oferowanych Zamawiającemu falowników, tj. zarówno falowniki 1-fazowe, jak i falowniki 3-fazowe. Zdaniem Odwołującego, odpowiedź Zamawiającego: „Dla kalkulacji cenowej proszę przyjąć, że ilość instalacji trójfazowych stanowi 100 proc." oznacza, że Zamawiający pozwolił wykonawcom przyjąć takie uproszczone założenie wyłącznie na potrzeby obliczenia ceny oferty. Powyższe nie oznaczało jednak, że w treści oferty należało wskazać wyłącznie falowniki 3-fazowe - zwłaszcza, że całkowicie przeciwny wniosek wynika z treści dokumentów wchodzących w skład załącznika nr 1 do SWZ. Co więcej, po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 51 Zamawiający nie dokonał zmiany treści SWZ, w szczególności nie usunął z opisu przedmiotu zamówienia postanowień dotyczących falowników 1 fazowych. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w terminie składania ofert przedmiot zamówienia obejmował także falowniki 1 fazowe.

Jak zauważył Odwołujący, z ppkt 12.5.1. SWZ wynika, że zasadniczą i podstawową część oferty stanowił wypełniony i podpisany Formularz oferty (wg zał. nr 4 do SWZ). We wzorze Formularza oferty (zał. nr 4 do SWZ) Zamawiający zamieścił natomiast tabelę, w której w jednej z kolumn należało podać: „Typ instalacji producent oraz model ogniwa fotowoltaicznego oraz inwertera", odrębnie dla instalacji fotowoltaicznej zlokalizowanej na / w budynku mieszkalnym i dla instalacji fotowoltaicznej zlokalizowanej poza budynkiem mieszkalnym (na gruncie). Jest przy tym oczywiste, w przekonaniu Odwołującego, że skoro przedmiot zamówienia obejmuje zarówno falowniki 1 -fazowe, jak i falowniki 3-fazowe, to w Formularzu oferty należało podać producenta oraz model zarówno dla oferowanego falownika 3-fazowego jak i dla oferowanego falownika 1-fazowego.

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący jako jedyny wykonawca w złożonej ofercie wskazała falowniki (inwertery) zarówno 1-fazowe jak i 3-fazowe, podając zgodnie z opisem kolumny w Formularzu oferty (wg zał. nr 4 do SWZ) producenta

i model inwertera przewidzianego do instalacji 1-fazowej oraz do instalacji 3-fazowej. W ofercie Odwołującego wskazano inwertery marki Afore, tj. model 3-fazowy BNT003KTL ATON Series oraz model 1-fazowy HNS3000TL-1. W ofertach wszystkich pozostałych wykonawców (tj. ANTINUS, JSB oraz Flexipower) wskazano natomiast wyłącznie falownik 3-fazowe, które nie mogą znaleźć zastosowania w przypadku instalacji 1-fazowych.

Z powyższego, w ocenie Odwołującego, w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że oferty złożone przez wszystkich pozostałych wykonawców (tj. ANTINUS, JSB oraz Flexipower) powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp z uwagi na niezgodność ich treści z warunkami zamówienia, tj. niezgodność z warunkami określonymi w treści załącznika nr 1 do SWZ, w tym w szczególności z rysunkami nr IE01 i IE03 oraz z pkt 2.3.3

i pkt 2.3.6 Projektu technicznego: mikroinstalacje fotowoltaiczne sporządzonego dla inwestycji „Odnawialne źródła energii w gminie Miączyn". Z treści ww. ofert wynika bowiem jednoznacznie, że nie obejmują one wymaganych przez Zamawiającego falowników 1-fazowych.

Odwołujący podkreślił, że brak wskazania falowników 1-fazowych w złożonych ofertach uniemożliwia wykonawcom ANTINUS, JSB oraz Flexipower wykorzystanie takich falowników na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, skoro nie zostały one objęte złożonymi ofertami. Opierając się na swoim wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień publicznych polegających na dostawie i montażu instalacji fotowoltaicznych oraz w oparciu
o posiadaną wiedzę techniczną Odwołujący wskazał, że w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia niewątpliwie wystąpi konieczność dostarczenia i montażu instalacji 1-fazowych, wymagających zastosowania falowników 1-fazowych. Istnieje bowiem bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że nie wszystkie budynki, na których mają zostać zamontowane instalacje fotowoltaiczne, będą posiadały instalacje elektryczne typu 3-fazowego.

Odwołujący zaznaczył, że oznaczenie urządzeń w postaci inwerterów ma charakter niezwykle istotny dla możliwości realizacji zamówienia, a zmiana oznaczenia inwerterów nie może być traktowana jako „omyłka" i nie może być usunięta w toku postępowania. Nie jest też dopuszczalne „uzupełnienie" oferty o wskazanie brakujących modeli i producentów falowników 1- fazowych.

Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17, z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08, z dnia 14 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1543/14. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu ww. wykonawcy, którzy w swoich ofertach nie wskazali inwerterów 1-fazowych, dopuścili się opisanych w powyższych rozstrzygnięciach KIO niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, co uzasadnia odrzucenie złożonych przez nich ofert.

B. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANTINUS, oferty wykonawcy JSB oraz oferty wykonawcy Flexipower pomimo, że ww. wykonawcy nie złożyli

w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia ppkt 12.5.7.1 SWZ, zgodnie z którym

„Zamawiający na podstawie art. 105 oraz art. 106 ustawy Pzp żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania niezbędne do przeprowadzenia postępowania:

(...)

12.5.7.1.2 Wskazanie nazwy producenta i oferowanego modelu inwertera oraz załączniki w postaci kart katalogowych (kart technicznych) obejmujące informacje potwierdzającą spełnianie przez zaoferowany model parametrów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia - załączniku nr 1 do SWZ.

(■■■)

12.5.7.1.4 Certyfikat potwierdzający zgodność inwertera z normą PN-EN 61000-3-2:2007, PN- EN 61000-3-3:2011, PN-EN50438 lub normami równoważnymi oraz posiadać deklarację zgodności."

Zdaniem Odwołującego, oczywiste jest, że powyższe wymaganie dotyczyło obu typów inwerterów stanowiących przedmiot zamówienia, czyli inwerterów zarówno 1-

fazowych

i 3-fazowych.

jak

Odwołujący podniósł, że ww.. ofertach ww. wykonawców nie wskazano nazwy producenta ani oferowanego modelu inwertera 1-fazowego. Konsekwentnie, żaden z ww. wykonawców nie złożył wraz z ofertą wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych dotyczących inwerterów 1-fazowych. Złożone przez ww. wykonawców przedmiotowe środki dowodowe dla oferowanych inwerterów dotyczą wyłącznie inwerterów 3-fazowych. Powyższa okoliczności oznacza też niezgodność treści ofert złożonych przez ww. wykonawców z warunkami zamówienia, gdyż ww. wykonawcy nie dostosowali się do jednoznacznego nakazu zawartego w ppkt 12.5.7.1 SWZ.

Uprzedzając ewentualną kontrargumentację Odwołujący wskazał, że Zamawiający zastrzegł w ppkt 12.5.8 SWZ, iż: „Jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone środki dowodowe będą niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.". Odwołujący podniósł, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy wezwanie wykonawców ANTINUS, JSB oraz Flexipower do złożenia przedmiotowych środków dowodowych dotyczących inwerterów 1-fazowych nie jest możliwe, gdyż stanowiłoby de facto uzupełnienie treści oferty. Powołując się na poglądy wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący stwierdził,

że wezwanie wykonawców ANTINUS, JSB oraz Flexipower do złożenia przedmiotowych środków dowodowych dotyczących inwerterów 1-fazowych nie jest możliwe. Żaden z ww. wykonawców nie podał bowiem w swojej ofercie ani producenta, ani modelu oferowanego inwertera 1-fazowego. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących inwerterów 1-fazowych oznaczać będzie, że dopiero na obecnym etapie postępowania, tj. po upływie terminu składania ofert, ww. wykonawcy wskażą Zamawiającemu co konkretnie mu oferują jako wymagane inwertery 1-fazowe. Tymczasem taka informacja powinna już wynikać z treści złożonej oferty. Tym samym, zdaniem Odwołującego, uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących inwerterów 1-fazowych stanowić będzie w istocie zmianę treści oferty i będzie prowadzić do zmiany treści oferty, tj. przedmiotu oferowanego świadczenia, co ustawa Pzp kategorycznie wyklucza.

Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez Odwołującego jako jedyna spełnia wszystkie wymagania SWZ i wyłącznie jej treść odpowiada warunkom zamówienia oraz pozwala na realizację zamówienia zgodnie z SWZ. Natomiast oferty wszystkich pozostałych wykonawców (tj. ANTINUS, JSB oraz Flexipower) powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego z przyczyn przedstawionych powyżej.

C. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty ANTINUS, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący stwierdził, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Odwołujący podniósł, że stwierdzone w odwołaniu uchybienia oraz zasadność uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania ofert, uwzględniającego ww. czynności - dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, jak podał Odwołujący, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę zasadności wszystkich pozostałych zarzutów odwołania. Ponieważ, jak wskazał Odwołujący, oferty złożone przez wykonawców ANTINUS, JSB oraz Flexipower powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ANTINUS.

Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa zarzuty wobec wykonawców JSB i Flexipower z uwagi na fakt, że czynność odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców z dnia 5 kwietnia 2022 r. stała się prawomocna.

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.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANTINUS, pomimo że treść ww. ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać na utrwalony w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak też sądowym, pogląd, że podstawą odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być wyłącznie jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią dokumentów zamówienia. Owa niezgodność powinna wynikać z porównania jasnych sformułowań dokumentów zamówienia z treścią oferty. W orzecznictwie zwraca się także uwagę na okoliczność, że wymogi zamawiającego, których spełnienie musi zostać wykazane w ofercie, powinny zostać sformułowane w sposób niebudzący wątpliwości. Wszelkie wątpliwości wynikające z niejasnych wymagań dokumentów zamówienia powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie treść odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w dniu 26 stycznia 2022 r. na pytanie nr 51 mogła wywołać wśród wykonawców przekonanie, że wycena przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, również jego zakres, powinny obejmować wyłącznie instalacje trójfazowe. Na pytanie nr 51 o treści: „Prosimy o dokładne określenie ile będzie użytych falowników 1 fazowych ,a ile falowników 3 fazowych. Dane są niezbędne do przygotowania oferty.” Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający nie ma wiedzy ile będzie użytych falowników 1 fazowych, a ile falowników 3 fazowych. Dla kalkulacji cenowej proszę przyjąć, że ilość instalacji trójfazowych stanowi 100 proc.”. Izba miała przy tym na uwadze, że wykonawca ANTINUS nie był odosobniony w swojej interpretacji odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego - wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie poza Odwołującym wycenili w złożonych ofertach falowniki trójfazowe.

Nie bez znaczenia pozostają także okoliczności związane z uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem, które dotyczyło tego samego przedmiotu zamówienia, oparte było na tej samej dokumentacji, w toku którego Zamawiający udzielił analogicznej odpowiedzi na pytanie wykonawcy. Postępowanie to zostało powtórzone z uwagi na nieprzystąpienie przez wybranego wykonawcę do podpisania umowy. W toku ww. postępowania wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym obecny Odwołujący, złożyli oferty wyłącznie na instalacje trójfazowe. Okoliczność ta nie budziła wówczas wątpliwości ani wykonawców, ani Zamawiającego. Okoliczności faktyczne związane w uprzednio prowadzonym postępowaniem, powtórzonym obecnie, mogły dodatkowo naprowadzić wykonawców na sposób interpretacji odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 51.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że treść dokumentów zamówienia, w połączeniu z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie nr 51, mogła wprowadzić wykonawców w błąd. Brak jednoznacznego wymagania nie może prowadzić do konsekwencji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Wszelkie wątpliwości wynikające z niejasnych wymogów sformułowanych w dokumentach zamówienia, należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Wobec nie uwzględnienia ww. zarzutu, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ANTINUS, pomimo że ww. wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych dotyczących inwerterów jednofazowych.

W konsekwencji, nie znajduje potwierdzenia także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy ANTINUS.

Izba nie rozpoznawała zarzutów podniesionych wobec ofert złożonych przez wykonawców JSB i Flexipower z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego w toku

rozprawy.

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 § 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 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 § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....