Sygn. akt: KIO 22/23

WYROK

z dnia 16 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 16 stycznia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2023 roku przez wykonawcę FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Mielec

przy udziale:

- wykonawcy PRO - ECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 22/23 po stronie Zamawiającego,

- wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 22/23 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części.

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą „Poprawa jakości powietrza poprzez montaż instalacji OZE w gospodarstwach domowych z terenu Gminy Miejskiej Mielec – część I – Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na terenie nieruchomości prywatnych należących do mieszkańców Gminy Miejskiej Mielec ” unieważnienie czynności z dnia 23 grudnia 2022 roku tj.: wyboru oferty najkorzystniejszej PRO – ECO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w przedmiotowym postępowaniu oraz

unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach

W zakresie zarzutu 1 z petitum odwołania uznaje zarzut za niezasadny.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Gminę Mielec i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną wykonawców wykonawcę FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza od Zamawiającego Gminy Mielec na rzecz wykonawcy FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach kwotę 12 400 00 zł (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) stosunkowo tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 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 22/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Gmina Miejska Mielec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą: „Poprawa jakości powietrza poprzez montaż instalacji OZE w gospodarstwach domowych z terenu Gminy Miejskiej Mielec – część I – Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na terenie nieruchomości prywatnych należących do mieszkańców Gminy Miejskiej Mielec”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2022 roku pod numerem 2022/S 169 - 476526.

W dniu 2 stycznia 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa", „PZP") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty PRO-ECO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu przy uwzględnieniu w badaniu ofert oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.;

2) art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 7 ustawy przez dokonanie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. pomimo, że:

a. oferowane urządzenie CORTEX P2, model OP455M72-P2 Omnis Power od początku spełniało warunek zgodności z normą PN-EN IEC 61730-2:2018-06, co było wykazane żądanym przedmiotowym środkiem dowodowym – kartą katalogową, a nadto było wykazywalne na każdym etapie postępowania innymi właściwymi dokumentami,

b. załączone w toku złożenia wyjaśnień przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. dokumenty nie stanowiły treści oferty i nie służyły potwierdzeniu zgodności oferowanych urządzeń z normą PN-EN IEC 61730-2:2018-06, co wynika wprost z redakcji wezwania i treści wyjaśnień złożonych odpowiednio przez Zamawiającego i Odwołującą,

c. żadne z zachowań podjętych w toku FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie wypełnia znamion czynów nieuczciwej konkurencji oparty na klauzuli generalnej ani na art. 10 u.z.n.k.,

d. żadne z zachowań podjętych w toku FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie było zachowaniem niezgodnym z ustawą, co czyni ofertę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nadającą się poddaniu badaniu ofert i ocenie w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia,

3) naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy przez niezachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu i dokonanie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. w oparciu o bezrefleksyjne przyjęcie argumentacji z pisma PRO-ECO sp. z o.o. bez umożliwienia złożenia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. dodatkowych wyjaśnień co do stawianych w nim zarzutów i w konsekwencji podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na podstawie fałszywych przesłanek związanych z rzekomą niezgodnością oferowanych przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. modułów CORTEX P2, model OP455M72-P2 Omnis Power.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 grudnia 2022 r., nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z dnia 23 grudnia 2022 r. nakazanie Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie badania ofert z uwzględnieniem oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.. Odwołujący wniósł o orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na „Poprawa jakości powietrza poprzez montaż instalacji OZE w gospodarstwach domowych z terenu Gminy Miejskiej Mielec – część I – Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na terenie nieruchomości prywatnych należących do mieszkańców Gminy Miejskiej Mielec".

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. Wynika to z faktu, że jej oferta jest najkorzystniejsza w bilansie ceny i pozacenowych kryteriów oferty, a została odrzucona. Utrzymanie w mocy czynności z dnia 23 grudnia 2022 r. uderza bezpośrednio w interes FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Po pierwsze czynność ta uniemożliwia wybór oferty FlexiPower Group

sp. z o.o. sp.k. w niniejszym postępowaniu oraz uniemożliwia zawarcie umowy co wprost wywołuje szkodę w granicach lucrum cessans.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Stan faktyczny w dniu 2 września r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie „Poprawa jakości powietrza poprzez montaż instalacji OZE w gospodarstwach domowych z terenu Gminy Miejskiej Mielec – część I – Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na terenie nieruchomości prywatnych należących do mieszkańców Gminy Miejskiej Mielec".

Dowód: - ogłoszenie o zamówieniu (w aktach postępowania)

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła m.in. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. – oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. była ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia stosunku ceny oraz pozacenowych kryteriów oceny.

Dowód: - oferta FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. (w aktach postępowania), - informacja z otwarcia ofert (w aktach postępowania).

W dniu 2 grudnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k., którą to czynność następczo unieważnił na skutek wpływu pisma innego wykonawcy – Pro-Eco sp. z o.o. W dniu 23 grudnia 2022 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – Pro-Eco sp. z o.o., odrzucając ofertę FlexiPower Group.

Dowód: - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 grudnia 2022 r.

(w aktach postępowania)

Jako podstawa prawna odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. zostały wskazane art. 226 ust. 1 pkt 3,5 i 7 p.z.p. – wg Zamawiającego oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. jest niezgodna z przepisami ustawy, warunkami zamówienia i została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołująca podał, że Zamawiający żądał dostarczenie przedmiotowych środków dowodowych w postaci:

- karty katalogowej potwierdzającej parametry minimum przewidziane dla paneli fotowoltaicznych,
- karty katalogowej potwierdzającej parametry minimum przewidziane dla inwertera hybrydowego,
- karty katalogowej potwierdzającej parametry minimum przewidziane dla inwertera nie hybrydowego.

Zamawiający dokonał oceny, zgodnie z którą karta katalogowa dla paneli PV nie potwierdzała jednoznacznie czy oferowanego urządzenia spełniają wymagania PN-EN IEC: 61730-2:2018-06. Zamawiający w dniu 4 listopada 2022 r. wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania wymagań tej normy. Wezwanie zostało sformułowane w następujący sposób:

2} Na karcie katalogowej paneli fotowoltaicznych brak informacji o spełnieniu normy PN-EN iEC 61730-2:2018-06. Urządzenia spełniają normę, a!e wersję normy z 2016 roku. Karta katalogowa nie podlega uzupełnieniu.

Odwołujący wyjaśnił:

W odniesieniu do punktu 2. wezwania, Wykonawca wyjaśnia, że zaoferowany moduł spełnia wymagane normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06, a karta katalogowa nie została pod tym kątem zaktualizowana prz^z producenta. Na potwierdzenie spełnienia powyższej normy, producent przedstawił odpowiednie oświadczenie potwierdzające powyższe stanowisko.

W odniesieniu do punktu dotyczącego wszystkich części postępowania w sprawie podpisów widniejących na przedłożonych dokumentach Wykonawca oświadcza, że wszystkie podpisy zostały złożone przez producentów bądź przez dystrybutorów oferowanych urządzeń.

Załączając w ramach tychże wyjaśnień przedstawione przez producenta oświadczenie w zakresie zgodności z normą PN-EN IEC 61730-2:2018-06 oraz przekazane przezeń certyfikaty wydane przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE.

Dowody: - wezwania z dnia 3 listopada 2022 r. (w aktach postępowania), - wyjaśnienia z dnia 9 listopada 2022 r. wraz z załącznikami (w aktach postępowania).

Odwołujący podał, że Zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości w przedmiocie wyjaśnień Wykonawcy. Dopiero niezałączone do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty pismo z wnioskiem o odrzucenie oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z dnia 6 grudnia 2022 r. wprowadziło Zamawiającego w wątpliwość.

Dowód: - pismo Pro-Eco z dnia 6 grudnia 2022 r. (w aktach postępowania)

Wedle zawiadomienia o odrzuceniu oferty – głównym powodem wątpliwości Zamawiającego jest załączony przez Wykonawcę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. certyfikat zgodności wystawiony przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE. Certyfikat w dniu dokonywania weryfikacji przez Pro-Eco oraz Zamawiającego nie znajdował się w bazie danych certyfikatów VDE, a nadto polskie przedstawicielstwo jednostki certyfikującej wskazało, że certyfikat został anulowany w dniu 31 października 2022 r. oraz że na dzień udzielenia informacji nie ma ważnego certyfikatu VDE dla produktów Omnis Power oferowanych w postępowaniu przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Na stronie 4. uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał dlaczego uznaje oświadczenie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. – ofertę jako niezgodne z ustawą oraz z warunkami

zamówienia.

Istotnym faktem dla niniejszego stanu faktycznego jest to w ocenie Odwołującego, że załączony przez dokument certyfikatu nie był w ogóle wymagany przez Zamawiającego ani w dokumentach postępowania, ani w samym wezwaniu. W ocenie Wykonawcy wystarczającym dla wyjaśnienia rozbieżności było oświadczenie Omnis Power, zgodnie z którym zaproponowany moduł spełnia wszystkie wymagania stawiane w normie PN-EN IEC 61730-2:2018-06. Po drugie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. załączając do wyjaśnień z dnia 9 listopada 2022 r. certyfikat VDE przekazany przez producenta modułów serii CORTEX P2, model OP455M72-P2 Omnis Power nie miała świadomości, że przedmiotowy certyfikat wygasł z uwagi na fakt, że dokument certyfikatu nie zawierał daty wygaśnięcia określonej na 31 października 2022 r. Po trzecie, w chwili złożenia oferty tj. w dniu 10 października 2022 r. oferowany moduł posiadał ważny certyfikat VDE. Po czwarte, producent w okresie, który poprzedzał wygaśnięcie certyfikatu podjął czynności zmierzające do

wydania certyfikatu dla urządzenia model OP455M72-P2 w innej jednostce certyfikującej tj. TUV SUD Product Service GmbH (certyfikat o nr. Z2 117850 0005 Rev.00). Certyfikat zgodności z normami IEC 61215-1:2016, IEC 61215-1-1:2016, IEC 61215-2:2016, IEC-61730-1:2016 oraz IEC 61730-2:2016 został wydany w dniu 24 listopada 2022 r. W chwili powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego tj. w dniu 6 grudnia 2022 r. nieuprawniona zatem była teza Zamawiającego o tym, że urządzenia są niezgodne z warunkami zamówienia. Zamawiający jednak nie skonfrontował przedmiotowej informacji z Wykonawcą, przystając w całości na argumentację innego, konkurencyjnego wykonawcy. Dowód: - certyfikat Z2 117850 0005 Rev.00

Po piąte, Wykonawca wraz z ofertą przekazał kartę katalogową urządzenia marki Omnis Power potwierdzającą spełnienie przez moduł wymogi międzynarodowej normy IEC 61730-2:2016 tj. międzynarodowej normy dotyczącej bezpieczeństwa modułu fotowoltaicznego równoważnej Polskiej Normie PN-EN IEC 61730-2:2018-06. Polska norma PN-EN IEC 61730-2:2018-06, w całości inkorporuje postanowienia normy IEC 61730-2:2016, a co za tym idzie posiadanie przez moduły OP455M72-P2. Normy te są wobec powyższego normami równoważnymi. Załączając oświadczenie Omnis Power oraz certyfikat VDE do wyjaśnień z dnia 9 listopada 2022 r. Wykonawca – zgodnie zresztą z wolą Zamawiającego nie udowadniał tego, że oferowany moduł posiada aktualny certyfikat zgodności z normą IEC 61730-2:2016 tylko równoważność normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06 oraz IEC 61730-2:2016.

Pierwotny błąd Zamawiającego polegający na uznaniu, że karta katalogowa nie zawiera informacji o posiadaniu przez moduł zgodności z żądaną normą i skierowanie w tym zakresie wezwań oraz bezrefleksyjne przyjęcie za własne argumentacji innego konkurującego

wykonawcy doprowadziły Zamawiającego do błędnego przeświadczenia o tym, że: - Wykonawca FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie wykazał, aby oferta była zgodna z warunkami zamówienia i ustawą, - Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego posługując się certyfikatem, nie mając do tego uprawnienia. Podczas gdy warunki zgodności oferty z warunkami zamówienia były od początku potwierdzone kartą katalogową, a nadto złożonym na wezwanie wyjaśnieniem producenta, zaś certyfikat załączony służył wykazaniu innego niż zdekodowany błędnie przez Zamawiającego i Pro-Eco faktu.

Tezy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, ustawą, a także że jej złożenie jest przejawem czynu nieuczciwej konkurencji są błędne, zaś odrzucenie oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. oraz wybór oferty Pro-Eco sp. z o.o. stanowią czynności niezgodne z ustawą.

Uzasadnienie zarzutów odwołania

Z punktu widzenia przyjętej podstawy odrzucenia oferty – art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy - treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest, ażeby Zamawiający, który z takiego uprawnienia korzysta, wskazał na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

Odwołująca zarzucił, że de facto nie istnieje jakakolwiek niezgodność z przedstawionymi warunkami zamówienia. Oferowany moduł CORTEX P2, model OP455M72-P2 Omnis Power był – zarówno w chwili składania oferty, jak i przez cały okres postępowania, a także w chwili zawiadomienia o odrzuceniu zgodny z normą równoważną do PN-EN IEC 61730-2:2018-06. Wykazane to zostało z chwilą złożenia oferty kartą katalogową i w ocenie Odwołującego nie wymagało dalszej analizy. Przyjmując jednak konieczność odniesienia się do czynności, które Zamawiający w toku postępowania podjął i uznając, że Zamawiający wymagał certyfikatu określonego w art. 105 ust. 1 ustawy, to sam fakt, że z upływem czasu w toku postępowania zmieniały się możliwości udowodnienia tejże zgodności (pierwotnie za pośrednictwem certyfikatu VDE, następnie od 31 października 2022 r za pomocą środków dowodowych określonych w art. 105 ust. 4 ustawy, a od 24 listopada 2022 r. certyfikatem nr Z2 117850 0005 Rev. 00) nie oznacza jeszcze, że na jakimkolwiek etapie postępowania urządzenia oferowane przez Odwołującego przestały być zgodne z warunkami zamówienia. Błędnym w ocenie Wykonawcy było

nieskonfrontowanie zarzutów PRO-ECO sp. z o.o. z faktyczną zdolnością Odwołującego do wykazania zgodności urządzeń z SWZ.

Odnosząc się do przesłanki odrzucenia oferty wskazanej jako art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy czyli sytuacji, w której oferta miałaby zostać złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazać należy, że Zamawiający wywodzi rzeczony czyn nieuczciwej konkurencji z faktu złożenia certyfikatu VDE. Podkreślenia wymaga, że służył on jedynie wyjaśnieniu nie tego, że oferowany moduł posiada aktualny certyfikat zgodności z normą IEC 61730-2:2016 tylko wyjaśnieniu równoważności normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06 oraz IEC 61730-2:2016. Wskazuje na to zarówno redakcja wezwania : „Na karcie katalogowej paneli fotowoltaicznych brak informacji o spełnieniu normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06. Urządzenia spełniają normę, ale wersję normy z 2016 roku. Karta katalogowa nie podlega uzupełnieniu" oraz redakcja wyjaśnień: „W odniesieniu do punktu 2. wezwania, Wykonawca wyjaśnia, że zaoferowany moduł spełnia wymagane normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06, a karta katalogowa nie została pod tym kątem zaktualizowana przez producenta. Na potwierdzenie spełnienia powyższej normy, producent przedstawił odpowiednie oświadczenie potwierdzające powyższe stanowisko.".

Wszelkie wymagane przez Zamawiającego parametry dla urządzenia oferowanego przez Odwołującego miały zostać

przedstawione w ramach karty katalogowej nieuzupełnialnej w toku postępowania, czego zresztą Wykonawca nie kwestionował. Przede wszystkim złożony certyfikat VDE nie był elementem oferty, a jedynie elementem wyjaśnień. Wydaje się, że błędna jest wykładnia rozszerzająca w zakresie pojęcia oferty, jeżeli element wyjaśnień nie wprowadza jakiejkolwiek odmienności do treści oświadczenia woli wykonawcy. Certyfikat nie był bowiem przedmiotowym środkiem dowodowym wymaganym w postępowaniu przez Zamawiającego. Nie ma także mowy o tym, aby zachowanie polegające na wyjaśnieniu równoważności norm i wykazaniu warunków tej równoważności w celu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego wyczerpywało znamiona jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji. Ażeby doszło bowiem do takiej sytuacji urządzenie CORTEX P2, model OP455M72-P2 Omnis Power musiałoby nie spełniać warunków normy, którą wskazuje Zamawiający w warunkach zamówienia. To zaś – jak wskazano już wcześniej – wynikało z treści karty katalogowej, a także było wykazywalne na każdym etapie postępowania (pierwotnie za pośrednictwem certyfikatu VDE, następnie od 31 października 2022 r za pomocą środków dowodowych określonych w art. 105 ust. 4 ustawy, a od 24 listopada 2022 r. certyfikatem nr Z2 117850 0005 Rev. 00) i na każdym etapie postępowania Zamawiający mógł uzyskać zgodne z ustawą dokumenty potwierdzające te okoliczności z warunkami zamówienia.

Zarzut tego, że oferta jest wynikiem dokonania czynu nieuczciwej konkurencji jest całkowicie błędny, gdyż FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie tylko nie oznaczyła towarów lub usług albo jego braku, które mogło wprowadzić Gminę Mielec lub beneficjentów programu w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także nie zataiła jakiegokolwiek ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Ponadto Wykonawca nie wykorzystał certyfikatu w celu potwierdzenia posiadania przez produkt jakiejkolwiek cechy wynikającej z treści certyfikatu w ogólności, a nadto szczegółowo, która okazałaby się cechą, której oferowany produkt nie posiada.

Odnosząc się do ogólnie sformułowanej przesłanki odrzucenia z naruszeniem ustawy podkreślenia wymaga nadto, że to bierność Zamawiającego w próbie ustalenia okoliczności faktycznych związanych z wnioskiem o odrzucenie Pro-Eco sp. z o.o. (nota bene nieprzedstawionym wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty), spowodowała fakt wywiedzenia daleko idących i nieprawidłowych wniosków dotyczących właściwej oferty FlexiPower sp. z o.o. sp.k. i ekstrapolowanie tych wniosków na ewentualne skutki, gdyby naruszenia okazały się prawdziwe.

Konsekwencją powyższych okoliczności jest fakt, że oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, co czyni w konsekwencji niezgodną z ustawą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty Odwołującego jako dokonaną z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 stycznia 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Do postępowania odwoławczego zgłosiło przystąpienie dwóch wykonawców tj. PRO - ECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, oraz wykonawca Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wykonawca „PRO - ECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni jak również wykonawca Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie nie stawili się osobiście na posiedzeniu z udziałem stron, prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia w dniu 9 stycznia 2023 roku, co każdy z nich potwierdził (w aktach sprawy) Niestawiennictwo strony lub uczestnika postepowania prawidłowo zawiadomionego o terminie posiedzenie, zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy, nie wstrzymuje rozpoznania sprawy.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez PRO - ECO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni w piśmie z dnia 13 stycznia 2023 roku – „Odpowiedź na odwołanie”.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego prezentowane w piśmie z dnia 11 stycznia 2023 roku – Odpowiedź na odwołanie. Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do ww. pisma.

Izba dopuściła dowody załączone do Odwołania - certyfikat.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia po zmianach (dalej: SWZ), w Rozdziale VII. PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE Zamawiający wymagał dla Części I:

1. Wykonawca jest zobowiązany do złożenia wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań co do przedmiotu zamówienia określonych przez Zamawiającego:

1) Dla części I:

□ kartę katalogową podpisaną przez producenta i/lub deklarację Producenta; celem wykazania spełnienia parametrów minimum przewidzianych dla paneli fotowoltaicznych (modułów), opisanych w dokumencie „Wytyczne dla Wykonawców" (Rozdział III SWZ, załącznik nr 1), w tabeli 2 (wiersze 1 do 14, z wyłączeniem flash testu). Wskazany środek dowodowy odnosi się do kryteriów oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu;

□ kartę katalogową podpisaną przez producenta i/lub deklarację Producenta celem wykazania spełnienia parametrów minimum przewidzianych dla inwertera (falownika) hybrydowego, opisanych w dokumencie „Wytyczne dla Wykonawców" " (Rozdział III SWZ, załącznik nr 1), w tabeli 3 (wiersze 1 do 10);

□ kartę katalogową podpisaną przez producenta i/lub deklarację Producenta celem wykazania spełnienia parametrów minimum przewidzianych dla inwertera (falownika) nie hybrydowego ,opisanych w dokumencie „Wytyczne dla Wykonawców" " (Rozdział III SWZ, załącznik nr 1), w tabeli 3 (wiersze 1 do 10).

W Rozdziale XV. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ORAZ WYMAGANIA FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW Zamawijaacy podał między innymi:

1. Wykonawca w ramach każdej z części zamówienia może złożyć tylko jedną ofertę.

2. Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ.

3. Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym - zgodnie z załącznikiem nr 1 do IDW w zakresie części, na które Wykonawca składa ofertę. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:

1) Oświadczenia, o których mowa w Rozdziale XI ust. 1 pkt 1 i 2 IDW;

2) zobowiązanie innego podmiotu oraz oświadczenie, o których mowa w Rozdziale XII IDW (jeżeli dotyczy);

3) oświadczenie, z którego wynika, które usługi wykonują poszczególni Wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale XIII ust. 3 IDW (jeżeli dotyczy);

4) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy).

W Rozdziale XX. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT Zamawiający podał kryteria oceny ofert oraz wskazał podstawy do ich oceny, między innymi podając:

Część 1

1. Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty, stosując następujące kryteria:

Lp.	Kryterium	Waga	Liczba punktów
1.	Cena brutto	60%	60
2.	Współczynnik temperaturowy Pmax modułu fotowoltaicznego	20%	20
3.	Liczba bezpłatnych przeglądów instalacji fotowoltaicznych (poza przeglądami wymaganymi przez producenta)	20%	20
RAZEM		100%	100

(…)

2) kryterium „Współczynnik temperaturowy Pmax modułu fotowoltaicznego"

a) waga kryterium 20%,

b) oferta otrzyma za wskazaną wartość współczynnika:

minus 0,39 %/oC do minus 0,38 %/ oC - 0 pkt,

minus 0,38 %/oC do minus 0,36 %/ oC - 10 pkt,

minus 0,36 %/ oC i więcej - 20 pkt.

Informacja dodatkowa: W przypadku zaoferowania modułu o współczynniku równym minus 0,38%/oC Wykonawca otrzyma 10 pkt., w przypadku zaoferowania modułu o współczynniku równym minus 0,36%/oC Wykonawca otrzyma 20 pkt.

WAŻNE: Wartość współczynnika z kryterium 2 oferowanego przez Oferenta musi

potwierdzać karta katalogowa załączona do oferty zgodnie z zapisami Rozdziału VII ust. 1 pkt 1 tiret pierwszy SWZ. Dokument ten nie podlega uzupełniniu. Nie dołączenie dokumentu do oferty będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

(…)

Zgodnie z załącznikiem do SWZ -

Tabela 2. Wymagania minimum stawiane modułowi fotowoltaicznemu o mocy min. 330 Wp:

Tabela 2. Wymagania minimum stawiane modułowi fotowoltaicznemu o mocy min. 330 Wp: Lp.	Nazwa parametru	Wartość	Sposób weryfikacji
1	Moc modułu	Nie mniejsza niż 330 W (w warunkach STC - standardowe warunki testu: natężenie nasłonecznienia 1000 W/m2, temperatura ogniwa 25°C i liczba masowa atmosfery AM 1,5) potwierdzone w sprawozdaniu z badań wykonanym przez niezależną od producenta jednostkę.	Karta katalogowa Do każdego modułu musi być dołączony raport z flash testu zawierający nr seryjny modułu oraz potwierdzający jego parametry zgodne z podanymi w tych wytycznych - na etapie realizacji)
2	Typ ogniw	monokrystaliczne	Karta katalogowa
3	Sprawność modułu	Nie mniejsza niż 19,4 %	Karta katalogowa
4	Współczynnik temperaturowy Pmax	max: - 0,39%/oC	Karta katalogowa
5	Dopuszczalny prąd wsteczny	Nie mniej niż 15 A	Karta katalogowa
6	Rama	Aluminiowa, o grubości minimum 35 mm	Karta katalogowa
7	Możliwość współpracy z falownikami beztransformatorowymi	Tak	Karta katalogowa lub deklaracja producenta
8	Flash test na żądanie zamawiającego po wykonanej instalacji	Wymagany dla każdego modułu	Dokumentacja dostarczona przez producenta modułów PV
9	Szkło przednie z powłoką antyrefleksyjną i hartowaną	Tak	Karta katalogowa lub deklaracja producenta
10	Wytrzymałość mechaniczna	Nie mniejsza niż 5400 Pa	Karta katalogowa
11	Wymagane normy lub równoważne	PN-EN IEC 61730-2:2018-06 - wersja angielska lub równoważna PN-EN IEC 61215-1-3:2021-11 - wersja angielska lub równoważna PN-EN 62716: 2014-02 lub równoważna	Karta katalogowa
12	Maksymalny spadek mocy po pierwszym roku pracy	Nie większy niż 3%	Karta katalogowa lub deklaracja producenta
13	Gwarancja na wady ukryte	Nie mniej niż 12 lat	Karta katalogowa lub deklaracja producenta
14	Gwarancja na moc	Nie krótsza niż 25 lat, 80% po 25 latach	Karta katalogowa lub deklaracja producenta

We Wzorze umowy– Załącznik do SWZ dla Części I Zamawiający podał:

§11 MATERIAŁY I URZĄDZENIA

(…)

5. Wykonawca kompletuje dokumenty na bieżąco w tym: aprobaty techniczne, certyfikaty na znak bezpieczeństwa, deklaracje zgodności, protokoły sprawdzeń i badań technicznych wymagane odpowiednimi przepisami, instrukcje obsługi, konserwacji i eksploatacji zastosowanych wyrobów i przekazuje Zamawiającemu najpóźniej przy pisemnym powiadomieniu o gotowości do odbioru częściowego/końcowego dostawy i montażu, o którym mowa w § 13 ust. 8 umowy.

§13 ODBIÓR USŁUG, DOSTAW I PRAC MONTAŻOWYCH (…)

16. Podczas odbioru częściowego/końcowego instalacji Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo przekazać osobie dokonującej odbioru po stronie Zamawiającego (w tym inspektorowi nadzoru), za pokwitowaniem segregator/skoroszyt (format A4) obejmujący dokumentację powykonawczą, zawierającą:

1) dokumentację powykonawczą (przy czym zawartość dokumentacji powykonawczej Wykonawca ustali z Inspektorem Nadzoru),

2) dokumentację techniczno-ruchową zamontowanych urządzeń,

3) karty katalogowe, atesty, certyfikaty, aprobaty techniczne dla zastosowanych urządzeń

i materiałów, urządzeń i materiałów,,

4) karty gwarancyjne producenta na zastosowane urządzenia,

5) protokoły z wykonanych badań, prób i pomiarów,

6) opinię kierownika prac montażowych branży konstrukcyjno-budowlanej, stwierdzającą, że dach zniesie obciążenie panelami fotowoltaicznymi;

7) wymagane prawem oświadczenia;

8) oświadczenie kierownika prac montażowych o zgodności wykonania prac z dokumentacją projektową oraz przepisami i obowiązującymi normami;

9) oświadczenie Beneficjenta o przeprowadzonym instruktażu;

10) dokumenty potwierdzające zgłoszenie wszystkich mikroinstalacji do sieci OSD;

11) instrukcję obsługi instalacji w języku polskim zawierającą co najmniej:

a) informację o podmiotach finansujących i realizujących Projekt, zgodnie z aktualnym Podręcznikiem wnioskodawcy i beneficjenta programów polityki spójności 2014-2020 w zakresie informacji i promocji;

b) instrukcję obsługi zainstalowanych urządzeń;

c) opis lokalizacji wykonanych prac montażowych (adres, numer działki);

d) dane osób wykonujących prace w obrębie nieruchomości;

e) informacje o okresach gwarancyjnych na poszczególne urządzenia i prace montażowe oraz terminach przeglądów gwarancyjnych;

f) informacje o sposobie zgłaszania wad w ramach gwarancji i rękojmi;

g) numery telefonów i adresy e-mail, pod które należy zgłaszać awarie, usterki lub wady oraz uzyskać konsultacje.

12) spis przekazanych dokumentów.

Wykonawca FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach (dalej: FlexiPower lub Odwołujacy) złożył ofertę, oraz załączył do oferty przedmiotowe środki dowodowe, której objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 11 października 2022 roku poinformował Odwołującego, że:

W nawiązaniu do Państwa oświadczenia zawartego w piśmie z dnia 7 października 2022 r., informuję iż Zamawiający uważa za nieprawidłowe zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dowodów na poparcie skuteczności takiego zastrzeżenia oraz przedmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2022 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień między innymi w

zakresie (z pisma skierowanego do Odwołującego):

Zamawiający — Gmina Miejska Mielec, działając na podstawie artykułu 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych - dalej zwaną ustawą Pzp, wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedmiotowych środków dowodowych. (…)

2. Na karcie katalogowej paneli fotowoltaicznych brak informacji o spełnieniu normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06. Urządzenie spełnia normę, ale wersję normy z 2016 roku. Karta katalogowa nie podlega uzupełnieniu.

Pismem z dnia 9 listopada 2022 roku Odwołujący złożył miedzy innymi następujące wyjaśnienia:

W odniesieniu do punktu 2. wezwania, Wykonawca wyjaśnia, że zaoferowany moduł spełnia wymagane normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06, a karta katalogowa nie została pod tym kątem zaktualizowana przez producenta. Na potwierdzenie spełnienia powyższej normy, producent przedstawił odpowiednie oświadczenie potwierdzające powyższe stanowisko.

W odniesieniu do punktu dotyczącego wszystkich części postepowania w sprawie podpisów widniejących na przedłożonych dokumentach Wykonawca oświadcza, że wszystkie podpisy zostały złożone przez producentów bądź przez dystrybutorów oferowanych urządzeń.

Do pisma zostały załączone również następujące dokumenty:

Załączniki:

1) Oświadczenie producenta modułów PV Omnis Power ENG
2) Oświadczenie producenta modułów PV Omnis Power PL
3) Tłumaczenie oświadczenia producenta modułów PV Omnis Power z dnia. 07.10.2022r.
4) Certyfikat IEC 61730-2:2018-06 ORG
5) Certyfikat IEC 61730-2:2018-06 PL
6) Karta katalogowa- kolektor słoneczny
7) Karta katalogowa – zbiorniki pompy ciepła
8) Oświadczenie – kotły
9) Oświadczenie – zbiorniki
10) Oświadczenie – pompy ciepła

Pismem z dnia 23 grudnia 2022 roku Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz informację o odrzuceniu oferty Odwołującego:

Zamawiający — Gmina — Urząd Miejski Mielec działając na podstawie artykułu 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych - dalej zwaną ustawą PZP - informuje, że w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. Poprawa jakości powietrza poprzez montaż instalacji OZE w gospodarstwach domowych z terenu Gminy Miejskiej Mielec — część I - Wykonanie instalacji fotowoltaicznych na terenie nieruchomości prywatnych należących do mieszkańców Gminy Miejskiej Mielec dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po dokonaniu oceny ofert za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez: PRO - ECO sp. z o.o.

Al. Zwycięstwa 245/7 81-525 Gdynia za cenę ofertową 7 284 631 70 zł brutto.

(…)

Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.:

Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3),5) i 7) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy, jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.:

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał aby wykonawcy, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania co do przedmiotu zamówienia określone przez Zamawiającego w SWZ, złożyli wraz z ofertą przedmiotowe środki dowodowe.

W ramach części I postępowania Zamawiający wskazał, że przedmiotowym środkiem dowodowym są:

- karta katalogowa podpisana przez producenta i/lub deklaracja producenta; potwierdzająca parametry minimum przewidziane dla paneli fotowoltaicznych (modułów), opisane w dokumencie „Wytyczne dla Wykonawców” (Rozdział III SWZ, załącznik nr 1), w tabeli 2 (wiersze 1 do 14, z wyłączeniem flash testu);

- karta katalogowa podpisana przez producenta i/lub deklaracja producenta potwierdzająca parametry minimum przewidziane dla inwertera (falownika) hybrydowego, opisane w dokumencie „Wytyczne dla Wykonawców” ” (Rozdział III SWZ, załącznik nr 1), w tabeli 3 (wiersze 1 do 10); " karta katalogowa podpisana przez producenta i/lub deklaracja producenta potwierdzająca parametry minimum przewidziane dla inwertera (falownika) niehybrydowego, opisane w dokumencie „Wytyczne dla Wykonawców” (Rozdział III SWZ, załącznik nr 1), w tabeli 3 (wiersze 1 do 10).

Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. wraz z ofertą złożył m.in. kartę katalogową dla paneli fotowoltaicznych jednak w ocenie Zamawiającego złożona karta katalogowa nie potwierdzała jednoznacznie czy oferowane urządzenia spełniają wymagania normy PN-EN IEC: 61730-2:2018-06, dlatego Zamawiający w dniu 4 listopada 2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca oświadczył, że „zaoferowany moduł [fotowoltaiczny] spełnia wymagane normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06, a karta katalogowa nie została pod tym kątem zaktualizowana przez producenta.” Na potwierdzenie oświadczenia Wykonawca dołączył odpowiednie oświadczenie producenta w tym zakresie oraz dokument pn. Certyfikat zgodności Nr 40053657 wystawiony przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE z siedzibą w Niemczech na zlecenie producenta urządzeń. Zamawiający działając w przekonaniu, że przedstawione przez Wykonawcę dokumenty są aktualne uznał, że w sposób należyty potwierdzają

spełnianie przez oferowane urządzenia parametrów określonych w opisie przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji, po dokonaniu weryfikacji oferty Wykonawcy w zakresie podmiotowych środków dowodowych, w dniu 2 grudnia 2022 r. dokonał wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W dniu 6 grudnia 2022 r. Zamawiający otrzymał od innego uczestnika przedmiotowego postępowania wniosek o m.in. odrzucenie oferty Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. ze względu na wskazane w piśmie nieprawidłowości w ofercie. W ocenie Zamawiającego spośród podniesionych przez uczestnika postępowania argumentów istotny dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania jest argument dotyczący załączonego przez Wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. do wyjaśnień z dnia 9 listopada 2022 r. Certyfikatu zgodności wystawionego przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE. Uczestnik postępowania w swoim wystąpieniu zwrócił uwagę na fakt, że przedmiotowy certyfikat nie jest dostępny do wglądu na stronie wyszukiwarki certyfikatów Instytutu Badań i Certyfikacji VDE. Zamawiający na podstawie informacji uczestnika postępowania oraz stwierdzając, że przedstawiony dokument nie jest kompletny (zawiera 2 z 3 stron) powziął wątpliwość na temat autentyczności przedstawionego certyfikatu i dokonał rozszerzonej weryfikacji dokumentu, kierując zapytanie na temat autentyczności dokumentu zarówno do przedstawiciela w Polsce Instytutu Badań i Certyfikacji VDE oraz do centrali Instytutu w Niemczech. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał od polskiego przedstawicielstwa Instytutu informację zgodnie, z którą przedstawiony przez Wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. „certyfikat na znak VDE Nr 40053657 (zezwolenie poboczne — zwane certyfikatem typu B) został anulowany dnia 31 października 2022 r. l...] obecnie nie ma ważnego certyfikatu VDE dla tych produktów [oferowanych przez Wykonawcę] na naszej stronie internetowej [stronie Instytutu Badań i Certyfikacji VDE].” Ponadto Instytut oświadczył, że „wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu wyrobów po dacie wykreślenia (bez ważnego certyfikatu) ze znakiem VDE jest nadużyciem znaku.” Brak ważności certyfikatu potwierdza także informacja przekazana przez centralę Instytutu zgodnie z którą jeśli certyfikatu nie można znaleźć na stronie internetowej produktów przetestowanych przez Instytut VDE, oznacza to, że certyfikat stracił ważność. Powyższe oznacza, że Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. składając Zamawiającemu wyjaśnienia w dniu 9 listopada 2022 r. posłużył się nieważnym dokumentem (załączony przez Wykonawcę certyfikat stracił ważność w dniu 31 października 2022 r.)

Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy PZP treść oferty złożonej w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia i zgodność ta musi zostać zachowana przez cały okres trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przez treść oferty należy w pierwszej kolejności rozumieć jej merytoryczne elementy, tj. jej postanowienia odnoszące się w

szczególności do kształtu przyszłego świadczenia. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. W wyroku z dnia 1 lipca 2013 r. (sygn. KIO 1414/13) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, iż na całość oferty składają się również dokumenty załączone do formularza, a zatem powinny być badane łącznie — gdy częścią oferty są nie tylko wypełnione przez wykonawcę tabele ale i dodatkowe opisy, foldery, karty katalogowe i inne «gotowe» informacje producentów i dystrybutorów, oferta taka jest całością i należy ją badać jako całość. Analogicznie, dokumenty składane przez wykonawców wraz z wyjaśnieniem treści oferty a mające potwierdzić jej zgodność z wymaganiami zamawiającego także stanowią treść oferty.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy PZP warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego

zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający precyzyjnie określił w SWZ (Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia, załącznik nr 1, str. 16), że oferowany panel fotowoltaiczny powinien m.in. spełniać parametry normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06 - wersja angielska lub równoważnej. Również w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający podkreślił, że urządzenia, które zostaną zastosowane w projekcie będą posiadać ważne certyfikaty lub deklaracje zgodności z obowiązującymi normami (Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia, załącznik nr 1, str. 25). Podkreślenia wymaga także obowiązek, w przypadku paneli fotowoltaicznych sprzedawanych na rynkach UE, wynikający z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, aby urządzenia te spełniały wymagania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/35/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięć (tzw. Dyrektywa niskonapięciowa). Potwierdzeniem spełniania tego wymogu jest oznaczenie produktu znakiem CE, przez co producent zapewnia, że produkt został wprowadzony do

obrotu zgodnie z przepisami prawa, spełnia normy jakości i bezpieczeństwa. Tym samym wykonawcy składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązali się do zrealizowania przedmiotu umowy przy użyciu urządzeń, które spełniają powyższe wymagania.

Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. zgodnie ze złożoną ofertą zaproponował Zamawiającemu realizację zamówienia przy użyciu paneli fotowoltaicznych CORTEX produkowanych przez firmę Omnis Power. W treści oferty Wykonawca oświadczył, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym specyfikacją warunków zamówienia i jej załączników oraz, że zapoznał się z SWZ i zmianami do SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanych określonymi w ich postanowieniami i zasadami postępowania. Tym samym Wykonawca potwierdził że zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia przy użyciu modułów fotowoltaicznych oznakowanych znakiem CE oraz zgodnych m.in. z normą PN-EN IEC 61730-2:2018-06, posiadających ważny certyfikat lub deklarację zgodności. W świetle przedstawionych późniejszych wyjaśnień Wykonawcy i ustaleń Zamawiającego dotyczących załączonego do wyjaśnień dokumentu, deklaracja Wykonawcy zawarta w ofercie nie znajduje potwierdzenia i wprowadziła Zamawiającego w błąd. Całokształt informacji jakimi dysponuje obecnie Zamawiający potwierdza, że oferowane przez Wykonawcę moduły fotowoltaiczne w trakcie trwania postępowania utraciły miano urządzeń certyfikowanych na zgodność z normą PN-EN IEC 61730-2:2018-06. Ponadto, w treści załączonego przez Wykonawcę certyfikatu zostało zawarte następujące zastrzeżenie: „Ten numer identyfikacyjny symbolu aprobaty [certyfikat zgodności] stanowi podstawę deklaracji zgodności WE i oznakowania CE przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela i poświadcza zgodność z podstawowymi wymogami ochrony Dyrektywa niskonapięciowa WE 2014/35/UE. ” Zestawiając powyższe zastrzeżenie z informacją przekazaną przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE na temat utraty ważności certyfikatu zgodności przedstawionego przez Wykonawcę z dniem 31 października 2022 r. Zamawiający uznał, że oferowany przez Wykonawcę produkt w trakcie prowadzonego postępowania stracił także gwarancję spełniania warunków w zakresie bezpieczeństwa i jakości, które gwarantuje oznakowanie CE. Powyższe okoliczności potwierdzają zatem, że oferowane przez Wykonawcę urządzenia nie spełniają wszystkich warunków wynikających wprost z opisu przedmiotu zamówienia oraz z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Oferta Wykonawcy jest tym samym niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Na Zamawiającym jako prowadzącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ciąży obowiązek stworzenia na gruncie postępowania ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowania wykonawców do

uczciwego konkurowania o wybór ich oferty. W ramach tego obowiązku Zamawiający jest zobowiązany badać każdą czynność wykonawców w postępowaniu przez pryzmat także ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k.), a w przypadku uznania danej czynności wykonawcy za naruszającą podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, dokonać czynności odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. „Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej oraz uzupełniającej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 i n. u.z.n.k.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża.” Aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest zatem kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: po pierwsze — działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą, po drugie — czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a po trzecie — działanie to musi zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta lub naruszać go.

Stypizowane czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z powołaną powyżej ustawą jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich (art. 10 u.z.n.k.). „ Wprowadzenie w błąd polega na wywoływaniu lub jedynie na samej możliwości wywołania wśród przeciętnych klientów mylnego przekonania co do istotnych cech towaru lub usługi. Innymi słowy, wprowadzające w błąd działanie lub zaniechanie niezgodnie z prawdą sugeruje, iż dany towar lub usługa posiada określone cechy lub właściwości (np. pochodzi z określonego Na podstawie

klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. orzecznictwo i doktryna uzupełniają katalog stypizowanych czynów o inne czyny nienazwane wyczerpujące także przesłanki zawarte w powołanym powyżej przepisie. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny ważnym dopełnieniem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (dalej u.p.n.p.r.), będąca implementacją dyrektywy 2005/29/WE o nieuczciwych praktykach handlowych. Zgodnie z art. 7 u.p.n.p.r. przejawami nieuczciwych praktyk

rynkowych w każdych okolicznościach są m.in. posługiwanie się certyfikatem. znakiem jakości lub równorzędnym oznaczeniem, nie mając do tego uprawnienia (art. 7 pkt 2 u.p.n.p.r.). „Katalog nieuczciwych praktyk rynkowych z ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jest znacznie dłuższy i bardziej kazuistyczny od katalogu czynów nieuczciwej konkurencji z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedsiębiorca może sięgnąć po katalog z ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym absolutnie zakazanych nieuczciwych praktyk rynkowych z roszczeniem z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji twierdząc, że nieuczciwa praktyka rynkowa oczywiście mieści się w definicji czynu nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem. Przedsiębiorca nie musi zbytnio martwić się kolejną przesłanką alternatywy łącznej z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W przypadku nieuczciwych praktyk rynkowych z art. 7, art. 9 i art. 10 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, sq one z mocy prawa uznawane za zagrażajqce interesom klientów, brak więc tu wymogu naruszenia interesów przedsiębiorcy lub klienta. "3 Skutkiem powyższego jest pogląd, że na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 7 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym jako regulacja lex specialis powinna mieć bezpośrednie zastosowanie za pośrednictwem przesłanki niezgodności z prawem.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania Zamawiający uznał, że Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, wyczerpującego znamiona opisane w art. 10 u.z.n.k. oraz czynu nienazwanego, lecz mieszczącego się w definicji czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Złożenie przez Wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. dokumentu pn. Certyfikat zgodności nr 40053657, który na moment przedstawienia go Zamawiającemu utracił ważność nastąpiło w związku z prowadzoną przez Wykonawcę działalnością gospodarczą. Co więcej, czynność ta została dokonana w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które opiera się na szczególnym reżimie prawnym i wiąże się z wydatkowaniem środków publicznych, dlatego od wykonawców biorących udział w takim postępowaniu oczekuje się szczególnej rzetelności. W stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, obowiązek aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje

element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Działanie Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. było także sprzeczne z prawem na co bezpośrednio wskazują powołane w uzasadnieniu przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji samoistnie oraz także w zestawieniu z postanowieniami wskazanych przepisów mających charakter lex specialis do tej ustawy. Na marginesie, na niezgodność działania Wykonawcy wskazał także sam Instytut Badań i Certyfikacji VDE oświadczając, że wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu wyrobów po dacie wykreślenia (bez ważnego certyfikatu) ze znakiem VDE jest nadużyciem znaku. Przesłanka sprzeczności z prawem działania przedsiębiorcy musi być nierozerwalnie połączona z naruszeniem lub zagrożeniem interesu innego konkurenta lub klienta [potencjalnego nabywcy]. W przedmiotowym postępowaniu wystąpienie zagrożenia obydwu interesów jest bezsprzeczne. Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. jest jednym z siedmiu wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu i dla każdego z wykonawców cel udziału w postepowaniu jest taki sam — uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym, niezgodne z prawem działanie Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. stworzyło nie tylko potencjalne ryzyko naruszenia interesów konkurentów lecz także realne, ponieważ Zamawiający działając w przekonaniu o zgodności oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia, rzetelności Wykonawcy, wiarygodności składanych przez Wykonawcę oświadczeń i dokumentów dokonał w dniu 2 grudnia 2022 r. wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Wykonawca w tej sytuacji pozostał bierny pomimo domniemanej wiedzy Wykonawcy na temat nieważności przedłożonego dokumentu i oświadczeń i dopiero dzięki informacjom powziętym w wyniku zastrzeżeń innego uczestnika postępowania do oferty Wykonawcy, Zamawiający dokonał rewizji swojej decyzji. Bezdyskusyjne jest także zagrożenie naruszenia interesów Zamawiającego w przedmiotowej sprawie. Zamawiający podkreśla, że dokonując wyboru oferty Wykonawcy naruszyłby podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w ustawie PZP oraz inne powszechnie obowiązujące przepisy. Ponadto potencjalnie, dokonując wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej i zawierając z nim umowę podjąłby realne ryzyko otrzymania przedmiotu zamówienia, który nie spełnia istotnych parametrów, w tym w szczególności dotyczących bezpieczeństwa. W zestawieniu z faktem, że odbiorcami przedmiotu zamówienia są docelowo mieszkańcy miasta Mielca działanie Wykonawcy w tym przypadku należy ocenić jako wysoce nieprofesjonalne i stwarzające zagrożenie podejmowania niekorzystnych działań przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty,

3) proporcjonalny.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

z

- art. 239 ustawy

ust. 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

ust. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Izba, wyjaśnia i podkreśla na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, w oparciu o dokumentację postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i określone w tej dokumentacji warunki zamówienia oraz wymagania określone przez Zamawiającego co do treści składanych oświadczeń i zakresu składanych dokumentów, w tym dokumentów przedmiotowych.

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne przez Zamawiającego, który swoje wymagania co do zakresu przedmiotowego oraz wymagania co żądanych dokumentów, w tym dokumentów przedmiotowych określa w dokumentach zamówienia, zamieszcza w ogłoszeniu o zamówieniu. Tak ukształtowane wymagania Zamawiającego, czyli jednoznaczne i precyzyjne określenie zakresu warunków zamówienia, zakresu

oświadczeń i dokumentów jakie składa wykonawca w postępowaniu pozwala Zamawiającemu na określenie „zasad gry", czyli zasad prowadzenia postępowania, które są jednoznaczne, jawne i dostępne dla każdego zainteresowanego wykonawcy. Zamawiający nie jest w żaden sposób uprawniony do zmiany tych zasad prowadzenia postępowania po terminie składania ofert (do terminu składania ofert możliwe są zmiany, jednakże w każdym przypadku takie zmiany obowiązkowo są publikowane przez Zamawiającego i z tą chwilą stają częścią zasad prowadzonego postępowania ujętych w dokumentach zamówienia i odpowiednio ogłoszeniu o zamówieniu). Jakiekolwiek odstępstwa w działaniu wykonawców czy też Zamawiającego od zasad postępowania o udzielnie zamówienia, w tym tych ukształtowanych w dokumentach zamówienia przez samego Zamawiającego musi zostać oceniony negatywnie.

W zakresie zarzutów 2 i 3 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 7 ustawy przez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego pomimo, że: (a) oferowane urządzenie CORTEX P2, model OP455M72-P2 Omnis Power od początku spełniało warunek zgodności z normą PN-EN IEC 61730-2:2018-06, co było wykazane żądanym przedmiotowym środkiem dowodowym – kartą katalogową, a nadto było wykazywalne na każdym etapie postępowania innymi właściwymi dokumentami; (b) załączone w toku złożenia wyjaśnień przez Odwołującego dokumenty nie stanowiły treści oferty i nie służyły potwierdzeniu zgodności oferowanych urządzeń z normą PN-EN IEC 61730-2:2018-06, co wynika wprost z redakcji wezwania i treści wyjaśnień złożonych odpowiednio przez Zamawiającego i Odwołującą; (c) żadne z zachowań podjętych w toku Odwołującego nie wypełnia znamion czynów nieuczciwej konkurencji oparty na klauzuli generalnej ani na art. 10 u.z.n.k.; (d) żadne z zachowań podjętych w toku FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie było zachowaniem niezgodnym z ustawą, co czyni ofertę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nadającą się poddaniu badaniu ofert i ocenie w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, oraz naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy przez niezachowanie uczciwej konkurencji

w postępowaniu i dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o bezrefleksyjne przyjęcie argumentacji z pisma PRO-ECO sp. z o.o. bez umożliwienia złożenia Odwołującemu dodatkowych wyjaśnień co do stawianych w nim zarzutów i w konsekwencji podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie fałszywych przesłanek związanych z rzekomą niezgodnością oferowanych przez Odwołującego modułów CORTEX P2, model OP455M72-P2 Omnis Power.

– Izba zarzuty uznała za zasadne.

W zakresie rozpoznania zarzutu 2 odwołania Izba zwraca uwagę na to, że podane w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) wymagania w zakresie złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia były jasne, jednoznaczne i precyzyjne co wynika z Rozdziału XV SWZ zawierającego opis przygotowania i składania ofert. Przy czy w zakresie dokumentów przedmiotowych żądanych przez Zamawiającego jednoznaczna była również informacja z Rozdziału VII zawierającego informację o przedmiotowych środkach dowodowych, że dla Części I

zamówienia wykonawca był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań co do przedmiotu zamówienia określonych przez Zamawiającego, w tym kartę katalogową podpisaną przez producenta i/lub deklarację Producenta; celem wykazania spełnienia parametrów minimum przewidzianych dla paneli fotowoltaicznych (modułów), opisanych w dokumencie „Wytyczne dla Wykonawców" (Rozdział III SWZ, załącznik nr 1), w tabeli 2 (wiersze 1 do 14, z wyłączeniem flash testu). Przy czym w zakresie tego dokumentu charakterystyczne jest to, że zgodnie z postanowieniami SWZ Rozdział VII wskazany środek dowodowy odnosi się do kryteriów oceny ofert i nie podlega uzupełnieniu. Informacja ta jest zbieżna i jednoznaczna w brzmieniu ze stanowiskiem prezentowanym w Rozdziale XX SWZ, gdzie w ramach opisu drugiego Kryterium „Współczynnik temperaturowy Pmax modułu fotowoltaicznego" Zamawiający podał, że wartość współczynnika z kryterium 2 oferowanego przez Oferenta musi potwierdzać karta katalogowa załączona do oferty zgodnie z zapisami Rozdziału VII ust. 1 pkt 1 tiret pierwszy SWZ. Dokument ten nie podlega uzupełniniu. Nie dołączenie dokumentu do oferty będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach żądanych w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego dokumentów przedmiotowych dla Części 1 zamówienia nie były wymagane inne dokumenty niż te wskazane w Rozdziale XV, nie były tym samym wymagane żadne certyfikaty czy deklaracje zgodności. Stanowisko to zostało jednoznacznie potwierdzone przez Zamawiającego w złożonej odpowiedzi na odwołanie (strona 3 akapit 2) oraz zostało potwierdzone na rozprawie. Zamawiający nie wymagał złożenia żadnego certyfikatu czy deklaracji zgodności – to oznacza, że nie określił takiego wymagania w ramach prowadzonego postepowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający sam wskazał, zarówno ww. piśmie procesowym jak również na rozprawie, że posiadanie takich dokumentów tj. certyfikatów czy deklaracji zgodności zweryfikowane miało zostać na etapie realizacji umowy. Potwierdzają to również postanowienia wzoru umowy.

Zakres informacji jaki był wymagany przez Zamawiającego, a jaki miał zostać podany w złożonej ofercie determinowany jest treścią Załącznika nr 1 do IDW (do SWZ) – Formularz

Oferty. Niezbędne dane jakie były wymagane przez Zamawiającego do oceny w ramach kryteriów oceny ofert wynikały również ze złożonej Karty katalogowej. Karta katalogowa potwierdzała również zgodność z wymaganiami Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, które zostały określone w Rozdział III SWZ, załącznik nr 1, w Tabeli 2 Wymagania minimum stawiane modułowi fotowoltaicznemu o mocy min. 330 Wp. W wierszu 11 tej tabeli Zamawiający określił wymagania dotyczące spełnienia wymaganych norm - PN-EN IEC 61730-2:2018-06 - wersja angielska lub równoważna, PN-EN IEC 61215-1-3:2021-11 - wersja angielska lub równoważna, PN-EN 62716: 2014-02 lub równoważna oraz jednoznacznie podał w treści tej Tabeli w wierszu 11, w ostatniej kolumnie tabeli „Sposób weryfikacji" – Karta katalogowa. Z wymagań określonych przez Zamawiającego jednoznacznie zatem wynika, że to Karta katalogowa służyła potwierdzeniu spełnienia przez oferowane urządzenie odpowiednich norm. Jednocześnie tabela ta nie zawierała żadnych innych wymagań co do przedstawiania informacji o certyfikatach czy deklaracjach zgodności.

W ocenie Izby wymaga podkreślenia w tym miejscu, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania nie było niespełnienie wymagań co do określonych norm, bowiem – co wynika z pisma z dnia 23 grudnia 2022 roku oraz pisma Odpowiedź na odwołanie – Zamawiający uznał równoważność norm PN-EN IEC: 61730-2:2018-06 i IEC 61730-2:2016, a tym samym nie stwierdził niespełnienia wymagania określonego przez Zamawiającego w Rozdział III SWZ, załącznik nr 1, w Tabeli 2, które miało być potwierdzone Kartą katalogową.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego była dokonana przez Zamawiającego ocena Certyfikatu zgodności Nr 40053657 wystawiony przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE z siedzibą w Niemczech, którego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający nie żądał, a jaki został złożony przez Odwołującego samodzielnie w dniu 9 listopada 2022 roku przy piśmie zawierającym wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający potwierdził jednoznacznie w trakcie rozprawy, że nie odrzucono oferty wykonawcy za niezgodność z normą tylko za to, że certyfikat był nieważny.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy, który stanowi, że przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych

postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający ukształtował warunki zamówienia co do opisu przedmiotu zamówienia, jednakże nie ukształtował żadnego wymagania zobowiązującego wykonawcę składającego ofertę w postępowaniu do złożenia Certyfikatu zgodności / deklaracji zgodności. Wykonawca składając wraz z wyjaśnieniami dokumenty nie zmienia „zasad gry" – zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu o zamówienie.

Zamawiający wymagał jedynie złożenia Karty katalogowej potwierdzającej parametry i wymagania co do przedmiotu zamówienia, a określone w Rozdział III SWZ, załącznik nr 1, w Tabeli 2. Tym samym nie miał prawa i podstawy do poddania ocenie dokumentów jakich nie żądał w postępowaniu o udzielnie zamówieniowa publicznego i na podstawie tych dokumentów stwierdzenia niezgodności ofert z warunkami zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że na podstawie art. 8 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego,

wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Podobnie regulacja taka była zamieszczona w ustawie z 29 stycznia 2024 roku Prawo zamówień publicznych w art. 14. Obecnie obowiązująca regulacja w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy - podobnie jak regulacja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z 2004 roku – odwołuje się do treści oferty, oceniając jej niezgodność z warunkami zamówienia. Tym samym, oceniając niezgodność treści oferty z SWZ należy ją oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że zwracał na to uwagę również sam Zamawiający. Izba wskazuje, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia (w tym z opisem przedmiotu zamówienia) zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada tym określonym warunkom ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ. Oznacza to zatem, że ocenie podlega treść złożonej oferty wraz z wymaganymi załączonymi dokumentami – zgodnie z określonymi wymaganiami Zamawiającego – i na ich podstawie dokonywana jest ocena spełnienia warunków zamówienia. Wykonawca składa ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w przypadkach gdy nie składa określonego i wymaganego oświadczenia lub nie składa oświadczenia spójnego i zgodnego z wymaganiami SWZ. W doktrynie i orzecznictwie, na przestrzeni bardzo wielu lat pogląd ten jest niezmienny i ugruntowany.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej, w podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie odnosił się do treści złożonej oferty i dokumentów, jakie były wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał, nie podał, nie wyjaśnił jaka treść oferty złożonej Zamawiającemu przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający ani raz nie odwołał się do treści oferty złożonej przez tego wykonawcę oraz złożonych zgodnie z SWZ dokumentów. Jednocześnie Zamawiający swoje stanowisko i uzasadnienie dla podstawy odrzucenia oferty buduje w oparciu o dokument Certyfikat zgodności Nr 40053657 wystawiony przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE z siedzibą w Niemczech, nie był wymagany przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia. Certyfikaty wymagane były przez Zamawiającego dopiero na etapie realizacji co wynika z treści wzoru umowy. Natomiast nie wynika z żadnego postanowienia SWZ, że w trakcie prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wykonawca ma posiadać jeden i niezmienny i ważny cały okres prowadzenia postępowania Certyfikat zgodności. Rzeczą normalną i oczywistą jest, że różnego rodzaju certyfikaty tracą swoją ważność, wystawiane są inne, a zgodność z normami można potwierdzać również przy pomocy innych dokumentów. Zupełnie niezrozumiała i z całą pewnością błędna jest argumentacja Zamawiającego uzasadniająca odrzucenie oferty Odwołującego, a sprowadzająca się do twierdzenia, że nawet jeśli Zamawiający nie wymagał przedstawienia certyfikatów lub deklaracji zgodności z normami na etapie badania i oceny ofert, wykonawca powinien takimi dokumentami dysponować od momentu złożenia oferty, ponieważ posiadanie stosownych dokumentów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiło o zgodności oferowanych produktów, urządzeń i w konsekwencji oferty wykonawcy z warunkami zamówienia. Zamawiający nie żądając danych dokumentów w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie ma możliwości zweryfikowania ich na etapie postępowania, a w konsekwencji nie może wyciągać wniosków w oparciu o dokumenty, których w postępowaniu nie wymagał od wykonawców.

Z wyjaśnień wykonawcy w przedmiotowym zakresie wezwania jednoznacznie wynika, że zaoferowany moduł spełnia wymagane normy PN-EN IEC 61730-2:2018-06, a karta katalogowa nie została pod tym kątem zaktualizowana przez producenta. Na potwierdzenie spełnienia powyższej normy, producent przedstawił odpowiednie oświadczenie potwierdzające powyższe stanowisko. Z powyższego wywieść należy, że w żadne sposób wykonawca nie wskazywał w tym zakresie na certyfikat, który dołączył do złożonych wyjaśnień. To Zamawiający przypisuje mu znaczenie, to Zamawiający przyjmuje do badania dokument niewymagany, to Zamawiający zmienia ustalone przez siebie samego zasady prowadzenia postępowania i poddaje ocenie Certyfikat, którego nie wymagał w postępoaniu.

Przyjęcie sposobu rozumowania prezentowanego przez Zamawiającego, a polegającego na oparciu czynności Zamawiającego oceny oferty (a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania) o dokumenty niewymagane w postępowaniu przez Zamawiającego, a złożone dobrowolnie przez wykonawcę, które to dokumenty Zamawiający poddał ocenie doprowadziło do wypaczenia zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. Wynika to z tego, że takie działanie wykonawcy tj. złożenie samodzielnie dokumentów, których nie wymagał Zamawiający, a które Zamawiający poddał ocenie prowadzi po terminie składania ofert do zmiany zasad prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego określonych w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający nie ma prawa do takiej zmiany „zasad gry” po terminie składania ofert.

Jednocześnie należy podkreślić, że dopuszczenie takiego sposobu postępowania, w jaki to działa w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający, w konsekwencji np. pozwalałoby wykonawcy przy złożeniu dokumentów niepotwierdzających wymagań technicznych na „wycofanie się” z postepowania po upływie terminu składania ofert oraz odzyskania wadium, bo jego oferta zostałaby odrzucona w oparciu o te dokumenty a wadium zwrócone. Tym samym w zasadzie martwa byłaby funkcja zabezpieczająca wadium, co potwierdza, że wykluczone musi być rozumienie prezentowane przez Zamawiającego w ramach podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanej oceny na podstawie dokumentów jakich w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia Zamawiający nie żądał od wykonawcy. W innym przypadku np. takie złożenie dokumentów po terminie składania ofert, a które co należy podkreślić nie były dokumentami wymaganymi w SWZ, mogłyby potwierdzać zgodność oferty z SWZ mimo, że w treści oferty oświadczenie jest odmienne. Samodzielność składania dokumentów przez wykonawcę w postępowaniu, w przypadkach gdy dokumenty te nie były określone w SWZ oraz nie wzywał do nich Zamawiający, nie może w efekcie prowadzić do zmiany oświadczeń i dokumentów, których w postępowaniu Zamawiający wymagał, tj. nie może np. prowadzić do zmiany treści oferty. Jak również nie stanowi podstawy faktycznej oceny oferty – mówiąc wprost, Zamawiający dokonuje oceny ofert na podstawie i w oparciu o dokumenty jakich w postępowaniu wymagał od wykonawców, wszystkie inne składane np. przez danego wykonawcę samodzielnie, bądź nadesłane przez inne podmioty albo pozyskane samodzielnie przez

Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do badania i oceny oferty w kontekście przesłanek jej odrzucenia. Stanowisko to prezentowane jest w orzecznictwie Izby np. z najnowszych orzeczeń wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2022 roku sygn. akt KIO 2640/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2023 roku sygn. akt KIO 3534/22).

Niespornym w postępowaniu jest fakt przesłania przez Odwołującego Certyfikatu zgodności Nr 40053657 wystawiony przez Instytut Badań i Certyfikacji VDE z siedzibą w Niemczech. Jednakże po pierwsze, dokumenty niewymagane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego nie mogą być przez Zamawiającego oceniane w tymże postępowaniu, więcej – na podstawie takich dokumentów nie mogą być podejmowane przez Zamawiającego czynności w postępowaniu. Poddanie ocenie dokumentów, jakich Zamawiający nie żądał w postępowaniu, nawet tych przesłanych przez wykonawcę, stanowiłoby naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego art. 226 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy i niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie. Należy nadmienić co wynika z pisma z 23 grudnia 2022 roku oraz pisma procesowego Zamawiającego, że nieuczciwość w działaniu Odwołującego Zamawiający upatrywał w posłużeniu się powyższym certyfikatem, który utracił swoją ważność w dniu 31 października 2022 roku. Dlatego też cala powyższa argumentacja o braku podstaw przyjęcia do oceny przez Zamawiającego dokumentu niewymaganego od wykonawcy pozostaje aktualna w tym miejscu. Błędne, niezgodne z prawem zamówień publicznych oraz naruszające wszystkie zasady prawa zamówień publicznych działanie Zamawiającego oparte na ocenie dokumentu niewymaganego w postępowaniu przesądza jednoznacznie o nieprawidłowości czynności Zamawiającego. W ocenie Izby Zamawiający nie wyjaśnił na czym miałoby polegać naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego. Wymaga w tym miejscu wskazania, bowiem wydaje się że nie do końca jest to zrozumiałe przez Zamawiającego, że niezgodność oferty z ustawą określona w ww. przepisie nie jest konsekwencją innych podstaw odrzucenia oferty w postępowaniu a samodzielną podstawą, która swoje źródło bierze w treści oferty i dotyczy np. złożenia więcej niż jednej oferty, złożenie oferty niezgodnej z zasadami pisemności i języka polskiego, formy elektronicznej itd. czyli „chybień w postaci, formie lub treści oferty" które bezpośrednio odnoszą się do regulacji ustawowych. Izba nie dostrzegał takiej argumentacji w stanowisku Zamawiającego, tym samym uznaje za niezasadną podstawę odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy. W konsekwencji doszło do naruszenia zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w tym prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie poddał jakiemukolwiek wyjaśnieniu okoliczności, które stanowiły w ocenie Zamawiającego podstawę odrzucenia oferty to również ocenił ofertę Odwołującego w oparciu o dokumenty, których nie wymagał w postępowaniu, a więc odmiennie od innych wykonawców.

Wyjście poza zakres dokumentów i oświadczeń określonych przez Zamawiającego w SWZ zawsze musi być traktowane negatywnie, bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i warunki zamówienia Zamawiający określa przy publikacji postępowania, a po czasie składania ofert nie mogą one ulegać zmianą. Zamawiający określa zakres niezbędnych oświadczeń i dokumentów jakie mają wykonawcy złożyć w postępowaniu i które to dokumenty stanowią podstawę do oceny złożonej oferty. Ocena złożonej oferty, w każdym jej aspekcie, dokonywana jest w oparciu o te wymagane oświadczenia i dokumenty. Mając powyższe na uwadze, tj. że Zamawiający oparł całe swoje stanowisko i uzasadnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego o dokument, którego nie wymagał w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Izba za bezprzedmiotowe uznaje wszystkie dowody złożone w postępowaniu przez Zamawiającego oraz Odwołującego.

W zakresie zarzutu 1 tj. naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty PRO-ECO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu przy uwzględnieniu w badaniu ofert oferty Odwołującego – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu Izba w całości uwzględnia w tym miejscu argumentację zawartą przy rozpoznaniu zarzutu 2 i 3.

Jednocześnie Izba stwierdza, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia regulacji SWZ odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert. Argumentacja jaka została zawarta w odwołaniu stanowi wynikową innych podnoszonych zarzutów i w żaden sposób nie jest powiązana z czynnością oceny oferty w ramach kryteriów tj. na podstawie i w granicach tychże kryteriów oceny ofert jakie przyjął Zamawiający w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest

przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i § 7 ust. 3 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……..