

**Sygn. akt: KIO 3831/24**

## **WYROK**

Warszawa, dnia 12 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Luiza Łamejko**

Protokolantka: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2024 r. przez wykonawcę Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Lublinie

uczestnik po stronie zamawiającego – M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.M. z siedzibą w Lublinie

### **orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Marcina Maślocha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.M. z siedzibą w Lublinie oraz Proeco Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i nakazuje zamawiającemu Wojewódzkiej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Lublinie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ich toku odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.M. z siedzibą w Lublinie oraz Proeco Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Lublinie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Solar Square Sp. z o.o.

z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Solar Square Sp. z o.o.

z siedzibą we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 908 zł 38 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiem złotych trzydzieści osiem groszy) poniesioną przez Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Lublinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

3.2. zasądza od Wojewódzkiej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Lublinie na rzecz wykonawcy Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

**Sygn. akt: KIO 3831/24**

## **Uzasadnienie**

Wojewódzka Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa i montaż paneli instalacji fotowoltaicznej o mocy do 50 kWp wraz z osprzętem w segmencie „C” budynku WSSE – Lublin, ul. Pielęgniarek 6 w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Wykonanie instalacji OZE z wykorzystaniem przyjaznych środowisku technologii na potrzeby Wojewódzkiej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej w Lublinie”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00487077/01.

W dniu 15 października 2024 r. wykonawca Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej:

„Odwołujący”) wnioskował do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę M.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M.M. z siedzibą w Lublinie (dalej: „wykonawca M.M.”) z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Proeco Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Proeco”) z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia;
- 3) zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców M.M. oraz Proeco z uwagi na to, że oferty złożone przez tych wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M.M., podczas gdy oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Proeco, podczas gdy oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy M.M. oraz wykonawcy Proeco, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców z uwagi na to, że oferty tych wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnioskował o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powrotu do badania i oceny ofert,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Marcina Maślocha,
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Proeco,
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący zauważył, że nieprawidłowe czynności względem oferty wykonawcy Marcina Maślocha oraz wykonawcy Proeco dotyczą tej samej podstawy prawnej oraz dotyczą tych samych nieprawidłowości w ofertach złożonych przez tych wykonawców.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp Odwołujący argumentował, że wykonawcy Marcina Maślocha oraz Proeco zaoferowali przedmiot zamówienia o innych (gorszych) właściwościach niż wymagał tego Zamawiający.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia dokumentów zamówienia i stwierdził, że oferty wykonawców Marcina Maślocha oraz Proeco są niezgodne z wymogami Zamawiającego w następującym zakresie:

Oferowany panel: Panel Canadian Solar Hiku6 CS6W-555MS

1)Wymóg: Tolerancja mocy

Wymagany parametr: +3%, tolerancja: od +2,85% do +3,15%

Parametr oferowany: +10W

2)Wymóg: Współczynnik temperaturowy napięcia

Wymagany parametr: -0,28%/°C, tolerancja: od -0,266%/°C do -0,294%/°C

Parametr oferowany: -0,26%/°C

3)Wymóg: Roczna degradacja w ciągu 25 lat (Gwarancja spadku mocy)

Wymagany parametr: 0,55%, tolerancja: od 0,52 do 0,58%

Parametr oferowany: 0,608%

Oferowany falownik: Falownik SOLAREEDGE SE50K-RW z techn. syn.

1)Wymóg: Maksymalne napięcie wejściowe

Wymagany parametr: 1100V, tolerancja: od 1045V do 1155V

Parametr oferowany: 1000V

2)Wymóg: Maksymalna moc wyjściowa (Pac max)

Wymagany parametr: 55 kVA, tolerancja: od 52,25 kVA do 57,75 kVA

Parametr oferowany: 50 kVA.

Odwołujący zaznaczył, że wskazane parametry oferowanych urządzeń wynikają wprost z przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawców M.M. oraz Proeco.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy M.M. oraz Proeco zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Powyższe, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie potwierdza, że oferty złożone przez wykonawców M.M. oraz Proeco winny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że wykonawcy M.M. oraz Proeco powołują się na okoliczności, które miałyby potwierdzać, że oferowane przez nich produkty spełniają wymogi określone przez Zamawiającego. Takie działanie, w ocenie Odwołującego, wypełnia przesłanki wskazane w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności w art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 3 pkt 3). Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 802/24.

Odwołujący podniósł, że oferowanie rozwiązania (produktu), które nie posiada odpowiednich cech, mimo takiego wyraźnego obowiązku, a w konsekwencji próba doprowadzenia do wyboru oferty wykonawcy Marcina Maślocha czy wykonawcy Proeco jako najkorzystniejszej (z uwagi właśnie na zaoferowanie tego produktu) powinno zostać uznane za spełniające przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca bowiem, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełnienia warunków przedmiotowych przewidzianych dla oferowanych produktów dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Zdaniem Odwołującego, działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może wybrać do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie jest w stanie w sposób prawidłowy zrealizować przedmiotu zamówienia. Taki stan rzeczy należy także kwalifikować jako delikt wskazany w art. 3 ust. 1 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powoduje, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 14 ust. 3 pkt 3) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca M.M.

Pismem z dnia 4 listopada 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

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

W przedmiotowej sprawie istotna jest okoliczność, że Zamawiający skonstruował dokumentację zamówienia w taki sposób, że wskazał na konkretne parametry urządzeń dopuszczając jedynie tolerancję 5%. Odstąpienie na obecnym etapie postępowania od określonych w dokumentacji parametrów stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych.

Izba, po analizie dokumentów zamówienia oraz ofert złożonych przez wykonawcę M.M. oraz wykonawcę Proeco, stwierdziła niezgodność ww. ofert z dokumentami zamówienia w zakresie dwóch parametrów oferowanych urządzeń, tj.

- w zakresie parametru rocznej degradacji w ciągu 25 lat (gwarancja spadku mocy) – gdzie wymagany przez Zamawiającego parametr dla panelu to 0,55%, zaś w urządzeniach oferowanych przewidziany został spadek mocy w 1. roku na poziomie 2% (nie większy niż 2%)
- w zakresie parametru dotyczącego falownika - Maksymalna moc wyjściowa (Pac max) wymagana przez Zamawiającego na poziomie 55 kVA, oferowana zaś jako 50 kVA, co nie mieści się w dopuszczonej przez Zamawiającego tolerancji 5%.

Stwierdzone niezgodności stanowią podstawę do odrzucenia ofert wykonawcy M.M. oraz wykonawcy Proeco na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że wobec określenia przez Zamawiającego konkretnych parametrów, jakie powinny posiadać oferowane urządzenia, na obecnym etapie postępowania nie mają znaczenia intencje Zamawiającego czy też znaczenie danego parametru dla całej instalacji fotowoltaicznej. Jak wskazano powyżej, wobec skonkretyzowanych wymagań opisanych w dokumentacji, odstąpienie od postawionych wymogów stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego parametru Maksymalne napięcie wejściowe Izba ustaliła, że dokumentacja zamówienia zawiera dwa rozbieżne parametry w tym zakresie,

w Projekcie technicznym (pkt 11) jest mowa o napięciu 1000 V, w pkt. 2.6.5. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych wskazano na wymóg napięcia na poziomie 1100 V. W orzecznictwie oraz w doktrynie ugruntowany jest pogląd, że niejasności w dokumentacji nie mogą działać na niekorzyść wykonawcy. Z tego względu Izba stwierdziła, że zaoferowanie przez obu wykonawców parametru 1000 V nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Izba stwierdziła, że w zakresie pozostałych parametrów kwestionowanych przez Odwołującego oferty wykonawcy M.M. oraz wykonawcy Proeco są zgodne z wymaganiami Zamawiającego, bowiem oferowane parametry mieszczą się w dopuszczonej przez Zamawiającego tolerancji 5%.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 227 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy M.M. oraz wykonawcy Proeco z uwagi na to, że zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Izba stwierdziła, że obaj wykonawcy złożyli karty katalogowe produktów, w których określone zostały oferowane parametry. Właściwości oferowanych urządzeń nie zostały w żaden sposób utajnione przed Zamawiającym. W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie można mówić o niezgodności ofert z dokumentami zamówienia, co nie przekłada się w prosty sposób na czyn nieuczciwej konkurencji. Gdyby podążać tą drogą, w każdej sytuacji, w której wykonawca złoży ofertę niezgodną z SWZ należałoby przyjąć, że złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co nie jest działaniem racjonalnym oraz nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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”).

Jak stanowi 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.

Jak stanowi § 7 ust. 5 rozporządzenia, Izba może odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób opisany w rozporządzeniu, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez

Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

W przedmiotowej sprawie, pomimo nie uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, waga uwzględnionych zarzutów skutkuje koniecznością odrzucenia ofert wykonawców Marcina Maślocha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M.M. z siedzibą w Lublinie oraz Proeco Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie. Wobec powyższego, Izba obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego

Przewodnicząca:.....