

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 października 2024 r.** przez wykonawcę: **Link Energy Sp. z o.o., ul. Przytulna 1, 05-090 Janki** postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa** w imieniu i na rzecz, którego działa **Szkoła Podstawowa nr 26 w Warszawie, ul. Miedziana 8, 00-814 Warszawa** uczestnik po stronie zamawiającego – **Seit Sp z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 83a/411, 01-242 Warszawa**

orzeka:

1. Uwzględnić częściowo odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa** w imieniu i na rzecz, którego działa **Szkoła Podstawowa nr 26 w Warszawie, ul. Miedziana 8, 00-814 Warszawa** art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Seit Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 83a/411, 01-242 Warszawa**, z powodu niezgodności oferty w zakresie grubości ramy moduły oraz wagi modułu z wymaganiami projektu wykonawczego pkt 7.5.1, jak i odpowiedzią z 04.10.2024 r. na pytanie nr 7 i nakazuje Zamawiającemu: **Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa** w imieniu i na rzecz, którego działa **Szkoła Podstawowa nr 26 w Warszawie, ul. Miedziana 8, 00-814 Warszawa** unieważnienie czynności z 16.10.2024 r. wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty **Seit Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 83a/411, 01-242 Warszawa** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawa zamówień publicznych z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu odwołania.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa** w imieniu i na rzecz, którego działa **Szkoła Podstawowa nr 26 w Warszawie, ul. Miedziana 8, 00-814 Warszawa** w części 1/2 oraz **Link Energy Sp. z o.o., ul. Przytulna 1, 05-090 Janki** w części 1/2 i

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000, 00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **Link Energy Sp. z o.o., ul. Przytulna 1, 05-090 Janki** tytułem uiszczzonego wpisu;

3.2. zasądza od **Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa** w imieniu i na rzecz, którego działa **Szkoła Podstawowa nr 26 w Warszawie, ul. Miedziana 8, 00-814 Warszawa** na rzecz **Link Energy Sp. z o.o., ul. Przytulna 1, 05-090 Janki** kwotę 5 000, 00 zł (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

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**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 3895/24

#### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. „Wyposażenie w alternatywne źródła zasilania Szkoły Podstawowej nr 26 przy ul. Miedzianej 8 w Warszawie”, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.09.2024 r. pod nr 2024/BZP 00512393 przez: **Miasto Stołeczne Warszawa, Plac Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa** w imieniu i na rzecz którego działa **Szkoła Podstawowa nr 26 im. M.B., ul. Miedzianej 8, 00-814 Warszawa** zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „Pzp” albo „PZP” albo „Pzp”.

W dniu 16.10.2024 r. (poprzez stronę internetową prowadzonego postępowania: ) Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej: **Seit Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 83a/411, 01-242 Warszawa** zwanej dalej: „Seit Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Jednocześnie, Zamawiający odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp ofertę: **Link Energy Sp. z o.o., ul. Przytulna 1, 05-090 Janki** zwana dalej: „Link Energy Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Stwierdził, że: „(...) Zamawiający w pkt. XIII.4.7. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) wymagał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wskazującego między innymi: stawkę r-g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny

sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Tymczasem złożony wraz z ofertą kosztorys ofertowy nie umożliwia Zamawiającemu uzyskania wyżej wskazanych informacji, co powoduje, że jest sporządzony niezgodnie z wymogami SWZ. Ponadto przedstawiony dokument ogranicza ilość przewidzianych do wykonania w dokumentacji projektowej robót i dostaw.

Do najistotniejszych niezgodności zaliczyć można wskazane poniżej: poz. 1.2.1 (cz. 1) z 49 szt. na 45 szt. poz. 1.2.2. (cz. 1) również z 49 na 45 szt. poz. 1.2.1 (cz. 2) z 71 szt. na 66 szt. poz. 1.2.2 (cz. 2) także z 71 na 66 szt.

Zamawiający nie wyrażał zgody w czasie prowadzonego postępowania aby wykonawcy składający oferty mogli modyfikować zakres i ilość robót oraz dostaw przewidzianych do wykonania postanowieniami SWZ wraz z załącznikami — w tym dokumentacją projektową.

W związku z powyższym z powodu braku przedstawienia kosztorysu spełniającego wymogi SWZ (a w szczególności zapis określonego w pkt. XIII.4.7. oraz XV.8), Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...)."

Dnia 21.10.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 16.10.2024 r. złożył Link Energy Sp. z o.o.

Wnosił o zaniechanie czynności Zamawiającego dotyczącej odrzuceniu naszej oferty. Ofertę uznano za niezgodną z wymogami przetargu z powodu rzekomych nieścisłości w kosztorysie dotyczących podanych tam cen, liczby modułów fotowoltaicznych oraz optymalizatorów mocy, jak wskazano w poniższych pozycjach: 1. Poz. 1.2.1. (cz. 1) – zmniejszenie liczby modułów fotowoltaicznych z 49 szt. na 45 szt. 2. Poz. 1.2.2. (cz. 1) – zmniejszenie liczby optymalizatorów mocy z 49 szt. na 45 szt. 3. Poz. 1.2.1. (cz. 2) – zmniejszenie liczby modułów fotowoltaicznych z 71 szt. na 66 szt. 4. Poz. 1.2.2. (cz. 2) – zmniejszenie liczby optymalizatorów mocy z 71 szt. na 66 szt.

Decyzję o odrzuceniu swojej oferty uznał za niezasadną, ponieważ: 1. Zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 7 Zamawiający wymagał, aby kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę został sporządzony metodą uproszczoną. Ceny zawarte w kalkulacji winny zawierać: stawkę r-g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Wykonawca informuje, że ceny podane w kosztorysie uproszczonym uwzględniają wymagane stawki i zawierają: stawkę r-g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Ceny w kosztorysie ofertowym miały zawierać a nie, jak napisano w uzasadnieniu odrzucenia oferty, wskazywać poszczególne stawki. 2. Zmiany w ilości modułów fotowoltaicznych oraz optymalizatorów mocy wynikają z zastosowania rozwiązań równoważnych zgodnych z Projektem Wykonawczym oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia (SWZ). Zgodnie z Rozdziałem III pkt 3 SWZ, Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów równoważnych, posiadających co najmniej te same parametry techniczne i standardy jakościowe, co wskazane w SWZ. Dodatkowo w rozdziale XIII pkt 7 Zamawiający wymaga aby rozwiązania równoważne gwarantowały ten sam efekt użytkowy, techniczny oraz identyczną trwałość i bezpieczeństwo użytkownika. W niniejszym przypadku, ilość modułów fotowoltaicznych o mocy 590W spełnia wymagania co do łącznej mocy instalacji będącej przedmiotem zamówienia. Zgodnie z punktem 7.5.1 Projektu Wykonawczego panele muszą być o mocy nominalnej nie mniejszej niż 550W. Pozostawienie liczby modułów w kosztorysie na poziomie 49 szt. w części 1 oraz 71 szt. w części 2 skutkowałoby zwiększeniem mocy instalacji ponad wartość określoną w przedmiocie zamówienia, co stanowiłoby naruszenie wymagań przetargu. W związku z tym zmiana liczby modułów we wskazanych pozycjach była obowiązkiem oferenta, wynikającym z konieczności dostosowania instalacji do wymogów przedmiotu Zamówienia. Zastosowanie optymalizatorów w liczbie odpowiadającej liczbie modułów jest zgodne z wymogami przetargu, a zatem nie można uznać tej zmiany za niezgodną z przepisami. Wykonawca zwrócił uwagę, że w dniu 08.10.2024 wystąpił do Zamawiającego o wgląd do ofert za pośrednictwem platformy zakupowej [ezamowienia.gov.pl](http://ezamowienia.gov.pl) co było zgodne z rozdziałem XII pkt 2 SWZ. Zamawiający udzielił wglądu do ofert dopiero w dniu 16.10. 2024 r. po telefonicznym upomnieniu się o jej udzielenie. W tym samym dniu Zamawiający odrzucił naszą ofertę i poinformował o wyborze oferty firmy SEIT Sp. z o.o. Dodatkowo, wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferta wybrana jako najkorzystniejsza, złożona przez SEIT Sp. z o.o., zawiera poważne niezgodności z wymaganiami przetargowymi, w szczególności w odniesieniu do (Projekt Wykonawczy pkt 7.5.1): 1. Grubości ramy modułu (30 mm zamiast wymaganych 35 mm). 2. Wagi modułu (31,7 kg ±1 kg, co przekracza dopuszczalne 29,77 kg). 3. Sprawności modułu (21,29% zamiast wymaganych co najmniej 21,33%).

Wnosił o zaniechanie czynności odrzucenia swojej oferty oraz o ponowne rozpatrzenie postępowania przetargowego, z uwzględnieniem zgodności jego oferty z wymogami przetargu i spełnieniem warunków równoważności materiałów, zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 26.10.2024 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.10.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) Seit Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność

przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Seit Sp. z o.o.

W dniu 04.11.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

### **Brak wskazania przepisów ustawy PZP naruszonych przez Zamawiającego**

Odwołujący na podstawie art. 505 ust. 1 PZP złożył w dniu 21.10.2024 r. odwołanie od decyzji Zamawiającego z 16.10.2024 r. dotyczącej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Art. 505 PZP stanowi, że środki ochrony prawnej (a więc również odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej) przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Tymczasem w złożonym odwołaniu Odwołujący nie wskazał przepisów ustawy PZP, których naruszenia Zamawiający miałby się w ocenie Odwołującego dopuścić. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego wniesione odwołanie zawiera braki formalne. Odwołujący nie wskazuje przepisów, których naruszenia miałby się dopuścić Zamawiający uniemożliwił ocenę zgodności działań Zamawiającego z ustawą PZP. W związku z powyższym odwołanie, które nie wskazuje konkretnych przepisów ustawy PZP w ocenie Odwołującego naruszonych przez Zamawiającego, podlega odrzuceniu. Uwzględniając powyższe Zamawiający poniżej odnosi się również do merytorycznej części zarzutów podniesionych w piśmie Odwołującego, które wskazują na oczywistą bezzasadność wniesionego odwołania, gdyż działania Zamawiającego nie naruszają przepisów ustawy PZP, dlatego też Odwołujący nie mógł ich wskazać w treści swojego pisma. W ocenie Zamawiającego odwołanie zostało wniesione w celu uniemożliwienia zlecenia realizacji zamówienia w bieżącym roku, gdyż przesunięcie rozpoczęcia jego realizacji może uniemożliwić wykonanie zakresu przewidywanego do realizacji w 2024 roku.

### **Zasadność odrzucenia oferty Odwołującego.**

Odwołujący w treści swojego pisma skierowanego do KIO w dniu 21.10.2024 r., przywołał zapis pkt. III.3 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), którego zapisy miały rzekomo uzasadniać zgodność złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał jednak pełnej treści zapisu SWZ, który brzmi:

*„Wszędzie tam udzie w specyfikacji i jej załącznikach wymieniono z nazwy typ lub producent a materiałów lub urządzeń. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne tj. zastosowanie materiałów posiadających co najmniej te same parametry techniczne i standardy jakościowe, co wskazane w SWZ lub posiadających parametry nie gorsze niż wskazane przez Zamawiającego w SWZ oraz spełniających wymogi odpowiednich polskich norm / aprobat technicznych i inne zgodnie z wymogiem pkt. 4 SWZ poniżej.*

*4. Wykonawca zobowiązany będzie do stosowania w trakcie wykonywania zamówienia materiałów i produktów odpowiadających wymaganiom ujętych w art. 10 ustawy Prawo budowlane i w Ustawie o wyrobach budowlanych, z wyłączeniem materiałów, wskazanych w rozporządzeniu MSWiA z dnia 24 lipca 1998 w sprawie określenia wykazu wyrobem nie mającego istotnego wpływu na spełnienie wymogów podstawowych. Jeżeli na przewidywany do wykorzystania materiał lub wyrób nie ustanowiono normy technicznej to Wykonawca musi posiadać następujące, aktualne dokumenty: krajowe aprobaty techniczne (AT) lub europejskie aprobaty techniczne (ETA). Normy techniczne, których wymagania muszą spełniać stosowane materiały i wyroby, są wymienione w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, oraz- przedmiarach robót - stanowiących Załącznik nr 1 SWZ. Wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia Zamawiającemu przed rozpoczęciem wykonywania robót w/w dokumentem dotyczących stosowanych materiałów.*

*Ponadto podczas wykonywania zamówienia Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego zobowiązany będzie okazać w> stosunku do wskazanych materiałów atesty certyfikaty, aprobaty techniczne lub zezwolenia na stosowanie materiałów w budownictwie na znak bezpieczeństwa, deklaracje zgodności lub certyfikat zgodności z Polską Normą lub z aktualną aprobatą techniczną.*

*Przed wbudowaniem wykonawca musi uzyskać akceptację Zamawiającego (nadzoru inwestorskiego) w zakresie akceptacji kart materiałowych dla wmontowywanych urządzeń lub materiałów. ”.*

Przytoczony zapis pkt. III.3. oraz pkt. III.4. SWZ, wynikający z przepisów ustawy PZP dotyczących opisanego przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych wskazuje wprost, że możliwość zaoferowania produktów równoważnych związana jest ze wskazaniem w SWZ i jej załącznikach wymienionych z nazwy typu lub producenta materiałów lub urządzeń. Tymczasem Odwołujący zaoferował inne niż określone w projekcie rozwiązania techniczne błędnie przywołując pojęcie równoważności. Dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik do SWZ wprost wskazywała wymagane ilości modułów oraz miejsca i sposób ich montażu. Ponadto dokumentacja projektowa opisywała, na trudnym technicznie dachu, rozkład poszczególnych paneli fotowoltaicznych, których ilość i dobór rozmieszczenia jak i odpowiedniego połączenia stanowił istotny element opracowania projektowego. Rozkład i ilość paneli została dobrana w oparciu o wyniki ekspertyzy technicznej, która określa między innymi wymogi odnośnie lokacji poszczególnych paneli. W związku z wymogami technicznymi konstrukcji dachu dokumentacja projektowa określa ilość paneli a zapisy SWZ nie dają wykonawcom możliwości istotnych zmian w dokumentacji projektowej a za tego rodzaju zmianę należy uznać zmiany ilościowe w zakresie lokacji paneli. Tymczasem Odwołujący zmniejszając ilość paneli dopuścił się istotnej zmiany projektowej w ocenie autora dokumentacji projektowej. Odwołujący poprzez zmianę zaoferowanej ilości paneli

fotowoltaicznych dopuścił się zmiany istotnej w dokumentacji projektowej a argumentacja w zakresie równoważności nie zasługuje na uwzględnienie ponieważ Zamawiający w zapisach pkt. III.3. SWZ dopuszczał rozwiązania równoważne w zakresie wskazania konkretnych producentów urządzeń czy materiałów.

Wariantowość rozwiązań nie była w zapisach SWZ dopuszczona a tak należy traktować propozycję Odwołującego. Odwołujący przywołuje również na zapis pkt. XIII.7. SWZ. Tymczasem argumentacja Odwołującego również nie jest trafna i świadczy o dążeniu do sprzedania Zamawiającemu urządzeń niezgodnych za zapisami dokumentacji projektowej potwierdzając tym samym zasadność decyzji o odrzuceniu oferty z powodów wskazanych przez Zamawiającego.

Zamawiający w pkt. XIII.7. SWZ wymagał złożenia wraz z ofertą:

*„7) kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę metodą uproszczoną. Ceny jednostkowe zawarte w kalkulacji winny zawierać: stawkę r-g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Wszystkie składniki cenowe zawarte w kosztorysach ofertowych powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wyceny prac należy dokonać przy zastosowaniu określonych w SWZ technologii i materiałów lub rozwiązań równoważnych, gwarantujących ten sam efekt użytkowy, techniczny oraz identyczną trwałość i bezpieczeństwo użytkowania”.*

Tymczasem Odwołujący zaoferował jak sam przyznaje inne rozwiązania niż określone w dokumentacji projektowej. Zaoferowane rozwiązania nie mogą zostać uznane za równoważne ponieważ nie zapewniają zgodności z wymogami dokumentacji projektowej zarówno w zakresie tego samego efektu użytkowego ale co ważniejsze bezpieczeństwa użytkowania w zakresie zmian w rozmieszczeniu paneli na dachu budynku Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił zarówno w składanej ofercie jak i w piśmie do KIO z 21.10.2024 r. jakichkolwiek konkretnych argumentów technicznych gwarantujących ten sam efekt użytkowy, techniczny oraz identyczną trwałość i bezpieczeństwo użytkowania, co zagwarantowany poprzez zapisy dokumentacji projektowej.

Odwołujący przedłożył jedynie kartę katalogową oferowanych paneli fotowoltaicznych oraz ogólne sformułowania o zgodności zaoferowanego rozwiązania z zapisami SWZ. Tymczasem zmiany ilości zaoferowanych urządzeń stanowią istotną zmianę projektową, która bez zgody autora dokumentacji projektowej nie jest możliwa do wprowadzenia a tym samym nie może zostać uznana za rozwiązanie równoważne. Oferta której przedmiot jest niezgodny z dokumentacją projektową stanowiącą załącznik do SWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z 16.10.2024r.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego w zakresie sporządzenia kosztorysu ofertowego wskazać należy, że w ocenie Zamawiającego cel sporządzenia kosztorysu ofertowego zawierającego odrębnie określone w treści kosztorysu stawki Robocizny, Sprzętu oraz zysku wprost wynika z zapisu pkt. XV.8. SWZ, zgodnie z którym:

*„... Ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym muszą zawierać: stawkę r-g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Wszystkie składniki cenowe zawarte w kosztorysach ofertowych powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku...”.*

Przyjmując argumentację Odwołującego zapisy SWZ zarówno w pkt. XIII.7. jak w pkt. XV.8. SWZ byłyby całkowicie bezzasadne. Odwołujący, odmiennie jak pozostali dwaj uczestniczący w postępowaniu oferencji, NIE PODAŁ wymaganych stawek Robocizny, co stanowi istotne naruszenie zapisów SWZ. Argumentacja przywołana przez Odwołującego świadczy o braku spełnienia wymogów SWZ, których wypełnienie jest konieczne dla weryfikacji nie tylko realności kosztów wykonania zamówienia ale również stawek wynagrodzenia za pracę pracowników budowlanych zatrudnionych do realizacji przedmiotu zamówienia. Konieczność weryfikacji poprawności stawek minimalnego wynagrodzenia wynika wprost z PZP. W konsekwencji swobodna interpretacja zapisów SWZ jakiej dopuszcza się Odwołujący nie zasługuje na uwzględnienie a oferta również z powodu braku podania wymaganych stawek Robocizny podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z 16.10.2024r.

#### **Żądanie odrzucenia oferty SEIT Sp. z o.o.**

Zamawiający nie może zgodzić się z zarzutami Odwołującego, wskazuje i wyjaśnia co następuje: Oferta złożona przez SEIT Sp. z o.o. nie zawiera rozwiązań prowadzących do niezgodności z dokumentacją projektową lub wariantowością proponowanych rozwiązań. Dokumenty dołączone do oferty w sposób pełny i kompleksowy wskazują na zgodność rozwiązań technicznych z wymogami dokumentacji projektowej. Podnoszone przez Odwołującego argumenty nie wskazują na naruszenie przepisów określonych w art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP lub w innym zakresie. Odwołujący wskazał na parametry, które nie mają znaczenia dla prawidłowej i zgodnej z rozwiązaniami technicznymi zawartymi w dokumentacji projektowej, realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji żądanie Odwołującego w zakresie odrzucenia oferty SEIT Sp. z o.o. z powodów wskazanych przez Odwołującego jest bezpodstawne.

W ocenie Zamawiającego, mając na uwadze powyższą argumentację, wskazał, że żądania Odwołującego odnośnie do: nakazania Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, jak również odrzucenia oferty wykonawcy SEIT Sp. z o.o. nie zasługują na uwzględnienie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po**

**wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalili i zważyli, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo, Izba wskazuje, że Odwołujący ma także interes w formułowaniu zarzutów wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą, gdyż nawet w sytuacji takiej jak zaistniała w tym stanie faktycznym, tj. utrzymania czynność odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, a potwierdzenia się zarzutów Odwołującego wobec oferty wybranej Przystępującego, ma on interes w uzyskaniu zamówienia, tzn. w unieważnieniu bieżącego postępowania i wystartowaniu w nowym postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego. Zgodnie z orzecznictwem Odwołujący ma interes w unieważnieniu postępowania, gdyż aktualnie interes rozumie się szeroko do postępowania jako takiego, nie jak w poprzednim stanie faktycznym - w danym postępowaniu. Punktem odniesienia dla orzecznictwa krajowego było stanowisko prezentowane przez TSUE w orzeczeniach z: 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 (Fastweb), 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE), 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 (Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich) i 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 (Archus et Gama). Do znaczenia pojęcia „dane zamówienie”, którym posłużył się w art. 179 ust. 1 Pzp polski ustawodawca, a które we wskazanym na wstępie orzecznictwie Izby rozumiane było wyłącznie w powiązaniu z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w związku z którym było wniesione odwołanie, TSUE odniósł się w wyroku w sprawie C-131/16. W orzeczeniu tym 35 Trybunał stwierdził, że pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, w sytuacji gdy wykonawca kwestionuje jednocześnie odrzucenie własnej oferty i wybór oferty najkorzystniejszej, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba co do zasady uznawała, że wykonawcy, którzy żądają unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mogą mieć interes w uzyskaniu danego zamówienia. W orzecznictwie wskazywano, że pojęcie „danego zamówienia” powinno być wykładane z uwzględnieniem definicji „zamówienia publicznego” zawartej w art. 2 pkt 13 ustawy, a więc rozumiane jako odpłatna umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, na roboty budowlane, dostawy czy usługi. Oznacza to, że dane zamówienia to dana umowa, a więc nie konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale zawarcie umowy na realizację określonego przedmiotu zamówienia. Izba wskazywała, że dopóki umowa na określony przedmiot zamówienia nie została zawarta, a przedmiot tego zamówienia i warunki uzyskania zamówienia w sposób istotny nie zostały zmienione, to wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia niezależnie od tego, czy do zawarcia tej umowy doszło w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, czy też kilku. Pogląd, że wykonawca może dążyć do wyeliminowania innych wykonawców i unieważnienia postępowania w celu umożliwienia sobie startu w kolejnym postępowaniu, wyrażono w orzeczeniach z: 22 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 18/18, 29 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 74/18, 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 171/18, 5 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1227/18. /Za informacją o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2018 r. - .

Odnosnie wniosku Zamawiającego, popartego przez Przystępującego odrzucenie odwołania z uwagi na brak wskazania przepisów ustawy PZP, których naruszenia dopuścił się Zamawiający w ocenie Odwołującego. Izba oddalił wniosek wskazując, że co do zasady odwołanie zawierało wskazanie zarzutów, które w ocenie Odwołującego należało sformułować wobec czynności Zamawiającego, tzn. „zwięzłe przytoczenie zarzutów”. Izba podnosi, że kierując się art. 518 ust. 2 Pzp, że brak przytoczenia wprost przepisu, który został naruszony przez Zamawiającego należy uznać za „inną oczywistą niedokładność” albowiem Odwołujący zarzucił i zaskarżył czynność odrzucenia swojej oferty, która to czynność wskazywał w informacji podstawę prawną odrzucenia, czyli należy uznać, że skarżąc te czynność formułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ustęp 1 pkt 5 Pzp. Z uwagi na charakter sformułowanych zarzutów wobec oferty Przystępującego, należy uznać, że podobnie miało miejsce także w tym wypadku i również wobec wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ustęp 1 pkt 5 Pzp. Przy czym, dostrzec również należy, że zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący w złożonych pismach bez większego problemu odkodowali informację, która stanowiła przedmiot zaskarżenia w odwołaniu przez skarżącego wykonawcę. W konsekwencji Izba, jako organ stosujący prawo, zobowiązana była do przyporządkowania wykazanych przez Odwołującego okoliczności do właściwych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. dokonania subsumpcji ustaleń faktycznych do adekwatnej normy prawnej.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, PRZEDMIAR ROBÓT- INSTALACJE ELEKTRYCZNE, Projektu Wykonawczego, Rzutu dachu – instalacje elektryczne- 39,05kW (rys. nr E03), Rzutu dachu – instalacje elektryczne- 26,40kW (rys. nr E04), odpowiedzi na pytania (pismo z 04.10.2024 r.), oferty Odwołującego i jego kosztorysu ofertowego, karty katalogowej panelu fotowoltaicznego zaoferowanego przez Odwołującego, oferty Przystępującego i kosztorysu ofertowego Przystępującego, karty katalogowej panelu fotowoltaicznego zaoferowanego przez Przystępującego, jak i kosztorys

ofertowy trzeciego Wykonawcy, którego oferta została skutecznie odrzucona oraz informacji z 16.10.2024 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Decyzja o odrzuceniu oferty Link Energy Sp. z o.o.,
- 2) SWZ (dokumentacja Zamawiającego),
- 3) Projekt Wykonawczy (dokumentacja Zamawiającego),
- 4) Odpowiedzi na pytania (dokumentacja Zamawiającego),
- 5) Oferta Link Energy Sp. z o.o.,
- 6) Kosztorys ofertowy załączony do ofert Link Energy Sp. z o.o.,
- 7) Karta katalogowa panelu fotowoltaicznego z oferty Link Energy – Sp. z o.o.,
- 8) Karta katalogowa panelu fotowoltaicznego z oferty SEIT Sp. z o.o.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączoną do pisma procesowego złożonego przez Przystępującego na posiedzeniu:

- Kartę katalogową panelu fotowoltaicznego panelu M550 P72LB-SF F3 zaferowanego przez Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności oferty Odwołującego w zakresie sporządzenia kosztorysu ofertowego z Rozdziałem XIII pkt 4.7 oraz Rozdziałem XV pkt 8 SWZ, jak i w zakresie ograniczenia zakresu i ilości przewidzianych do wykonania w dokumentacji projektowej robót i dostaw w sporządzonym kosztorysie ofertowym,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, z powodu niezgodności oferty w zakresie grubości ramy moduły, wagi modułu oraz sprawności modułu z wymaganiami projektu wykonawczego pkt 7.5.1, jak i odpowiedzią z 04.10.2024 r. na pytanie nr 7.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, jak i odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Izba w szczególności powołuje się na Rozdział XIII pkt 4.7: „(...) kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę metodą uproszczoną. Ceny jednostkowe zawarte w kalkulacji winny zawierać: stawkę r-g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Wszystkie składniki cenowe zawarte w kosztorysach ofertowych powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wyceny prac należy dokonać przy zastosowaniu określonych w 18 SWZ technologii i materiałów lub rozwiązań równoważnych, gwarantujących ten sam efekt użytkowy, techniczny oraz identyczną trwałość i bezpieczeństwo użytkownika (...)” oraz Rozdział XV pkt 8 SWZ: „Kosztorys ofertowy o którym mowa w Rozdziale XIII stanowi podstawę obliczenia ceny. W przypadku nie uwzględnienia w kosztorysach opracowanych przez Wykonawcę przedłożonych Zamawiającemu wraz ze składaną ofertą, wszystkich robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych we wzorze umowy i wynikających z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, powstałe różnice stanowią element ryzyka Wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem ceny realizacji zamówienia. Cena realizacji zamówienia zawarta w ofercie nie może być niższa niż cena kosztorysowa robót wskazana w przedłożonym kosztorysie. Kosztorys należy sporządzić metodą uproszczoną. Cena wynikająca z tak sporządzonej kalkulacji, obejmuje cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia oraz wszystkie inne wydatki nie uwzględnione przez Zamawiającego, a niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych we wzorze umowy, jest ceną niezmienną przez cały okres obowiązywania umowy, za wyjątkiem sytuacji określonych we wzorze umowy oraz nie podlega waloryzacji. 21 Ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym muszą zawierać: stawkę r-g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Wszystkie składniki cenowe zawarte w kosztorysach ofertowych powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wyceny prac należy dokonać przy zastosowaniu określonych w SWZ technologii i materiałów lub rozwiązań równoważnych, gwarantujących ten sam efekt użytkowy, techniczny oraz identyczną trwałość i bezpieczeństwo użytkownika.(...)”. Dodatkowo, Zamawiający określił Rozdział III pkt 3 i 4 SWZ: „3. Wszędzie tam gdzie w specyfikacji i jej załącznikach wymieniono z nazwy typ lub producent a materiałów lub urządzeń. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne tj. zastosowanie materiałów posiadających co najmniej te same parametry techniczne i standardy jakościowe, co wskazane w SWZ lub posiadających parametry nie gorsze niż wskazane przez Zamawiającego

w SWZ oraz spełniających wymogi odpowiednich polskich norm / aprobat technicznych i inne zgodnie z wymogiem pkt. 4 SWZ poniżej.

4. Wykonawca zobowiązany będzie do stosowania w trakcie wykonywania zamówienia materiałów i produktów odpowiadających wymaganiom ujętych w art. 10 ustawy Prawo budowlane i w Ustawie o wyrobach budowlanych, z wyłączeniem materiałem, wskazanych w rozporządzeniu MSWiA z dnia 24 lipca 1998 w sprawie określenia wykazu wyrobem nie mającego istotnego wpływu na spełnienie wymogów podstawowych. Jeżeli na przewidywany do wykorzystania materiał lub wyrób nie ustanowiono normy technicznej to Wykonawca musi posiadać następujące, aktualne dokumenty: krajowe aprobaty techniczne (AT) lub europejskie aprobaty techniczne (ETA). Normy techniczne, których wymagania muszą spełniać stosowane materiały i wyroby, są wymienione w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, oraz- przedmiarach robót - stanowiących Załącznik nr 1 SWZ. Wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia Zamawiającemu przed rozpoczęciem wykonywania robót w/w dokumentem dotyczących stosowanych materiałów.

Ponadto podczas wykonywania zamówienia Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego zobowiązany będzie okazać w> stosunku do wskazanych materiałów atesty certyfikaty, aprobaty techniczne lub zezwolenia na stosowanie materiałów w budownictwie na znak bezpieczeństwa, deklaracje zgodności lub certyfikat zgodności z Polską Normą lub z aktualną aprobatą techniczną.

Przed wbudowaniem wykonawca musi uzyskać akceptację Zamawiającego (nadzoru inwestorskiego) w zakresie akceptacji kart materiałowych dla wmontowywanych urządzeń lub materiałów. ". Jednocześnie, zgodnie z pkt 3 tiretem czwartym Projektu Wykonawczego (str. 10) stwierdza się, że: „(...) Dopuszcza się zastosowanie materiałów i rozwiązań równoważnych, to jest w żadnym stopniu nie obniżających standardu i nie zmieniających zasad oraz rozwiązań technicznych przyjętych w projekcie, a tym samym nie powodujących konieczności przeprojektowania jakichkolwiek elementów infrastruktury ani nie pozbawiających Użytkownika żadnych funkcjonalności i użyteczności opisanych lub wynikających z dokumentacji projektowej (...)”

Nadto, zgodnie z Projektem Wykonawczym – pkt 7.5.1.Moduły fotowoltaiczne:

„(...)Moduły fotowoltaiczne są urządzeniami dokonującymi konwersji promieniowania słonecznego na energię elektryczną. Wszystkie wymagane parametry muszą być opisane w karcie katalogowej w języku polskim. Planowana jest elektrownia składająca się z zestawu 71 paneli o mocy 550W każdy. Łączna moc paneli wynosić ma 39,05kWp. Panele muszą być o mocy nominalnej pojedynczego panelu nie mniej niż 550Wp. Moduły monokrystaliczne, obramowane, rama 35 mm anodyzowany stop aluminium. Odporne na sól i amoniak, wolne od PID. Moduły zbudowane z min. 144 (6x24) ogniw. Dopuszczalne obciążenie powierzchni modułu musi zapewniać jego wytrzymałość na podmuchy wiatru, śnieg, grad i inne występujące w tym rejonie zjawiska atmosferyczne. Każdy moduł musi posiadać potwierdzenie spełnienia aktualnych norm. Każdy moduł musi mieć pozytywna tolerancję mocy wyrażoną w W na poziomie 0-5W. Do produkcji paneli zastosowane muszą być ogniwa klasy A, fabrycznie nowe. Ramka modułów aluminiowa zapewniająca sztywność oraz dobre odprowadzanie wody. Moduły muszą być odporne na obciążenia dla frontu 5400Pa i 2400Pa dla tyłu. Moduły muszą być przystosowane do pracy w temperaturze od -40°C do + 85°C. Podstawowe parametry modułu w warunkach standardowych STC (AM 1,5; 1000W/m2; 25oC):

- moc min. 550 W;
- min. liczba ogniw w module: 144 (6x24);
- sprawność modułu nie mniejsza niż 21,33%;
- wolne od efektu PID;
- wytrzymałość na obciążenia statyczne min 5400 Pa
- Gwarancja produktowa – min. 10 lat na produkt i 25 lat na wydajność liniową
- ciężar całkowity nie większy niż 28,9kg z tolerancją 3%
- puszka przyłączeniowa modułu szczelna. Moduły fotowoltaiczne są obudowane szkłem hartowanym, a pojedyncze ogniwa znajdują się pomiędzy warstwami z tworzywa sztucznego EVA. Szklane pokrycie i folia elektroizolacyjna znajdująca się na tylnej ścianie są razem laminowane, co gwarantuje ochronę przed szkodliwym wpływem czynników zewnętrznych. Całość objęta ramą aluminiową o grubości min 35mm z otworami do odprowadzania wody, otworami uziemienia i otworami montażowymi. (...). Zamawiający oczekiwał 49 sztuk modułów fotowoltaicznych w części 1 i 71 sztuk modułów fotowoltaicznych w części 2 /PRZEDMIARROBÓT- INSTALACJE ELEKTRYCZNE, Rzut dachu – instalacje elektryczne- 39,05kW (rys. nr E03), Rzut dachu – instalacje elektryczne- 26,40kW (rys. nr E04)/.

W ramach odpowiedzi na pytania nr 7 (pismo z 04.10.2024 r.) Zamawiający stwierdził, że: „Pytanie 7. Czy Zamawiający dopuści wagę pojedynczego panela nie większą niż 31 kg? Odpowiedź: Zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie postanowień SWZ. Tymczasem zadane pytanie ma na celu negocjowanie wymogów określonych w załączonej do SWZ dokumentacji projektowej, która określa maksymalny ciężar pojedynczego panela na nie większy niż 28,9kg z tolerancją 3% (czyli max. 29,77 kg).”

Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. Dodatkowo, Przystępujący w ramach pisma procesowego złożonego na rozprawie stwierdził: „(...) W nawiązaniu do zagadnienia o panel M550 P72LB-SF F3 firmy LEDVANCE pragniemy nadmienić, że aktualną kartę katalogową produktu dołączamy jako załącznik. Pragniemy się odnieść również do sprawy pod kątem wytrzymałości ramy,

w naszym manualu instalacyjnym rozpisujemy i obrazujemy sytuację z ulokowaniem modułu w pionie oraz w poziomie. Z uwagi na to gwarantujemy, że rama jest najwyższej jakości.

Chcielibyśmy uprzejmie zwrócić uwagę na specyfikę naszego panelu bifacialnego z podwójną warstwą szkła, który wyróżnia się wysoką jakością, niezawodnością oraz zaawansowaną technologią przekładającą się na wyjątkowe osiągi która istotnie wpływa na

jego wagę. Dzięki zastosowaniu tego innowacyjnego rozwiązania, nasz panel nie tylko zyskuje na trwałości, ale także na wydajności, co stanowi znaczącą wartość dodaną dla jego użytkowników. Podwójna warstwa szkła nie tylko zwiększa ochronę przed uszkodzeniami mechanicznymi i wpływem czynników atmosferycznych, ale również znacznie podnosi odporność panelu na warunki zewnętrzne, co zapewnia jego dłuższą żywotność i niezawodność. Wzrost wagi jest naturalną konsekwencją dodatkowej ochrony, jaką oferuje ta konstrukcja. Dzięki temu mamy pewność, że oferujemy Państwu produkt, który spełnia najwyższe standardy jakości oraz gwarantuje stabilność i bezpieczeństwo użytkownika przez wiele laty.

Wierzymy, że zwiększona waga, będąca wynikiem wzmocnienia, jest wartością dodaną, która zapewni naszym klientom produkt na najwyższym poziomie. Jesteśmy przekonani, że solidność wykonania panelu z podwójnym szkłem znajdzie odzwierciedlenie w Państwa zadowoleniu z użytkowania, a także pozwoli zyskać Państwu dodatkowe korzyści z inwestycji w niezawodność i jakość.

Uprzejmie informujemy, że powyższy panel spełnia wartości wymagane w dokumentacji. Ciężar panelu został przekalkulowany z konstrukcją oraz obciążeniem konstrukcji przez co całość nie przekracza dopuszczalnego obciążenia dachu (...).

Odwołujący w ramach kosztorysu ofertowego załączonego do oferty podał jedynie ceny za całość poszczególnych pozycji kosztorysu bez ceny jednostkowej dla tych pozycji. Nie wynikały z nich stawki r - g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). W odróżnieniu od kosztorysu ofertowego Przystępującego oraz trzeciego Wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. Dodatkowo, zmniejszył Odwołujący ilość paneli fotowoltaicznych z 49 sztuk na 45 w cz. 1 oraz z 71 sztuk na 66 sztuk. Z kolei, Przystępujący zaoferował w karcie katalogowej panelu fotowoltaicznego załączonego do oferty następujące parametry - 1. Grubości ramy modułu (30 mm zamiast wymaganych 35 mm). 2. Wagi modułu (31,7 kg  $\pm$  1 kg, co przekracza dopuszczalne 29,77 kg). 3. Sprawności modułu (21,29% zamiast wymaganych co najmniej 21,33%). W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Zarzuty dotyczące oferty Odwołującego.

Względem zmniejszenia ilości paneli fotowoltaicznych, Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 3 tiretem czwartym Projektu Wykonawczego (str. 10): „(...) Dopuszcza się zastosowanie materiałów i rozwiązań równoważnych, to jest w żadnym stopniu nie obniżających standardu i nie zmieniających zasad oraz rozwiązań technicznych przyjętych w projekcie, a tym samym nie powodujących konieczności przeprojektowania jakichkolwiek elementów infrastruktury ani nie pozbawiających Użytkownika żadnych funkcjonalności i użyteczności opisanych lub wynikających z dokumentacji projektowej (...)”. Niewątpliwie zmniejszenie ilości paneli fotowoltaicznych będzie związane z koniecznością przeprojektowania elementów infrastruktury stąd taka zmiana, w ocenie Izby była niedopuszczalna i nie może być uznana za zastosowanie rozwiązania równoważnego. W konsekwencji główny argument Odwołującego z odwołania, że mamy do czynienia z rozwiązaniem równoważnym jest nietrafny. Jednocześnie, Izba wskazuje, że Zamawiający nie wyraził na nią zgody na etapie specyfikacji przed składaniem ofert. W efekcie Odwołujący winien wziąć pod uwagę ryzyko związane z takim działaniem jakie miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Jeśli Odwołujący postanowił zaoferować mniejszą ilość paneli fotowoltaicznych powinien w sposób wymierny wykazać w ofercie, że nie będzie to związane z koniecznością przeprojektowania elementów infrastruktury.

Względem zarzutu dotyczącego kosztorysu ofertowego, Izba potwierdziła, że kosztorys ofertowy Odwołującego nie zawierał wprost stawki r - g, ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp) (Rozdział XIII pkt 4.7 SWZ oraz Rozdział XV pkt 8 SWZ). Nie wynika, to w żadne sposób z kosztorysu ofertowego. W tym kontekście, Izba zwraca uwagę, że oferta Przystępującego i trzeciego Wykonawcy, którego oferta została skutecznie odrzucona zawierała cenę jednostkową zawierającą z kolei wskazane na wstępie elementy w odróżnieniu od kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający częściowemu uwzględnieniu.

Zarzuty dotyczące oferty Przystępującego.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że Zamawiający nie określał parametrów mniej lub bardziej istotnych, co więcej zgodnie z fragmentem przytoczonym przy zarzutach dotyczących oferty Odwołującego, tj. Projektem Wykonawczym materiały i rozwiązania równoważne w żadnym stopniu nie miały obniżać standardu i nie zmieniać zasad oraz rozwiązań technicznych przyjętych w projekcie, tym bardziej więc należy odnieść to do parametrów zawartych w Projekcie Wykonawczym w pkt 7.5.1. względem grubości ramy modułu, wagi i sprawności modułu. Brak jest więc podstaw do przyjęcia, że parametry, których nie spełnienie zarzucił Odwołującemu w ofercie Przystępującego są nieistotne: „nie mają znaczenia dla prawidłowej i zgodnej z rozwiązaniami technicznymi zawartymi w dokumentacji projektowej, realizacji przedmiotu zamówienia”. Tym bardziej, że w zakresie wagi pojedynczego panelu fotowoltaicznego było pytanie nr 7 i Zamawiający nie zgodził się na panele o wadze nie większej niż 28,9 Kg z tolerancją 3% (czyli max. 29,77 kg). Przystępujący de facto przyznał na koniec rozprawy, że waga będzie większa (wynika to też ze złożonego na posiedzeniu pisma procesowego Przystępującego) niż wskazany wymóg w odpowiedzi na pytanie nr 7 (pismo z 04.10.2024 r.) (panel bifacjalny z podwójną warstwą szkła hartowanego). Jeśli Przystępujący zamierzał go zaoferować winien wprost zadać pytanie, że chce zaoferować taki a taki panel fotowoltaiczny i jest on cięższy z konkretnych powodów, ale ma inne zalety. Dopiero po akceptacji Zamawiającego mógłby go zaoferować w postępowaniu. Aktualnie ma miejsce taki stan faktyczny, zgodnie z którym w postępowaniu Zamawiający wyraźnie w odpowiedzi na pytanie nr 7 (pismo z 04.10.2024 r.) nie dopuścił zaoferowania panelu fotowoltaicznego o wadze powyżej 29,77 kg (waga panelu fotowoltaicznego Przystępującego 31,7 kg  $\pm$  1 kg).

Dodatkowo, Izba wskazuje, że Przystępujący wraz z pismem procesowym złożonym na posiedzeniu złożył uaktualnioną przez producenta kartę katalogową zaoferowanego panelu fotowoltaicznego, mimo formalnego dopuszczenia, Izba nie może oprzeć się na jej treści. Wiążąca była bowiem treść karty katalogowej złożonej wraz z ofertą w postępowaniu. Nadto, art. 107 ust. 2 Pzp dotyczy możliwości uzupełnienia jedynie takich przedmiotowych środków dowodowych, które nie zostały złożone lub niekompletnych (inaczej niż podmiotowych środków dowodowych). Karta katalogowa panelu fotowoltaicznego zaoferowanego przez Przystępującego była złożona z ofertą i była także kompletna.

Niniejsza karta wyraźnie wskazywała wagę modułu (31,7 kg  $\pm$  1 kg) niezgodną z parametrem wymaganym przez Zamawiającego (max. 29,77 kg).

Odnośnie sprawności modułu, Izba uznała, że karta katalogowa pierwotna, tak jak złożona na posiedzeniu wraz z pismem procesowym Przystępującego zawierała: „tolerancje parametru  $\pm$  3 %”, więc ten parametr (sprawności modułu: „zaoferowany 21,29% - wymagany co najmniej 21,33%”) można uznać za spełniony, ale nie wpływa to zasadniczo na ocenę oferty Przystępującego z uwagi na nie spełnienie pozostałych zakwestionowanych parametrów.

Odnośnie grubości ramy była ona mniejsza niż oczekiwana przez Zamawiającego wynika to także z karty katalogowej złożonej wraz z ofertą (30 mm zamiast wymaganych 35 mm). Przyznał to także Przystępujący na rozprawie podkreślając, że to także dlatego, iż jest to panel fotowoltaiczny bifacjalny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się jeden zarzut z dwóch (drugi), zaś za chybiony należało uznać pierwszy z dwóch zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/2 i chybione w stosunku 1/2. Kosztami postępowania w części 1/2 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/2 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 0 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5.000,00 zł (10.000,00 zł  $\div$  2 = 5.000,00).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 10.000,00 zł (10.000,00 zł tytułem wpisu), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.000,00 zł (10.000,00 zł  $\div$  2 = 5.000,00). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5.000,00 zł (10.000,00 – 5.000,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 5.000,00zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (0 + 5.000,00 = 5.000,00).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp. a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Jednocześnie zgodnie z art. 574 Pzp do kosztów postępowania odwoławczego wlicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....