Sygn. akt KIO 2377/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2024 r. przez wykonawcę **RMS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ropczycach, ul. Mickiewicza 107, 39-100 Ropczyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Gmin nad Iłżanką, Rynek 11, 27-100 Iłża**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **M.G. i NorbertŁapacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.C. z siedzibą w Kielcach, ul. W. Przyborowskiego 4/1, 25-417 Kielce**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **RMS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ropczycach, ul. Mickiewicza 107, 39-100 Ropczyce** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **RMS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ropczycach, ul. Mickiewicza 107,**
39-100 Ropczyce tytułem wpisu od odwołania i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Związek Gmin nad Iłżanką, Rynek 11, 27-100 Iłża** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od wykonawcy **RMS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ropczycach,**
ul. Mickiewicza 107, 39-100 Ropczyce na rzecz **Związku Gmin nad Iłżanką, Rynek 11, 27-100 Iłża** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem 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 2377/24

Uzasadnienie

Związek Gmin nad Iłżanką, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup lamp hybrydowych na potrzeby oświetlenia miejsc obsługi ruchu turystycznego Związku Gmin nad Iłżanką”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 marca 2024 r., nr wydania Dz.U. S: 61/2024, numer ogłoszenia 179319-2024.

W dniu 5 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca RMS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ropczycach, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M.G. i Norbert Łapacz prowadzących działalność gospodarczą pod firmą M.C. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „wykonawcą MaN Complex”, oraz o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada warunkom zamówienia,
2.art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MaN Complex podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia,
3.art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, a to ocenę ofert w odniesieniu do nieaktualnego opisu przedmiotu zamówienia oraz niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz wybór oferty wykonawcy MaN Complex,

ewentualnie

4.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonej oferty w zakresie w jakim Zamawiający powziął wątpliwość co do zgodności oferty z warunkami zamówienia (parametry oferowanego akumulatora i rodzaj zastosowanego zasilania lamp).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty MaN Complex jako najkorzystniejszej,

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert,

4)odrzucenia oferty wykonawcy MaN Complex jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia,

ewentualnie,

5)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy MaN Complex jako najkorzystniejszej,

6)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy,

7)dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zgodności oferowanych produktów, a to akumulatora i rodzaju zasilania lamp - z warunkami zamówienia,

8)dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert.

9)odrzucenia oferty wykonawcy MaN Complex jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia,

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym:

1)wpisu od odwołania,

2)kosztów związanych z dojazdem pełnomocnika na rozprawę w wysokości wskazanej w spisie kosztów przedstawionym na rozprawie,

3)kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,

4)wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że:

W zakresie niezgodności dotyczącej gwarancji Odwołujący podniósł, że o ile faktycznie zgodnie z odpowiedzią na pytanie 36.5 (Informacja dla Wykonawców 1 z 23.04.2024 r.) Zamawiający wymagał 25 lat gwarancji na moc i 30 lat na produkt, to w ujednoliconym opisie przedmiotu zamówienia (opublikowanym 10 maja 2024 r.) Zamawiający powrócił do pierwotnego zapisu i zażądał:

„- Gwarancja na produkt: min 25 lat

- Gwarancja na mocy: min 30 lat – dla utrzymania w deklarowanym okresie wydajności na poziomie min 82%”

Z powyższego powodu Wykonawca zaoferował panele fotowoltaiczne produkcji Bruk-Bet sp. z o. o. w Niecieczy PEM.GB-425 N-Type spełniające właśnie takie wymogi. Na potwierdzenie spełniania warunku – Odwołujący przedstawił kartę katalogową producenta. Jeżeli wolą Zamawiającego było faktycznie pozostawienie gwarancji na panele fotowoltaiczne na warunkach określonych w odpowiedzi na pytania z 23 kwietnia 2024 r. to przecież takie same parametry powinny zostać opisane w ujednoliconym OPZ. Jeżeli nawet przyjąć, że Zamawiający błędnie podał rzeczony parametr w OPZ z 10 maja 2024 r. to wykonawcy jednak nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji jego błędnych decyzji.

Odnośnie niezgodności dotyczącej parametru akumulatora Odwołujący podniósł, że Zamawiający stwierdził, iż załączona do oferty karta techniczna akumulatora jest niezgodna z kartą katalogową na stronie producenta zaoferowanego produktu (), gdyż „pod tym samym numerem karty katalogowej akumulatora są całkiem inne dane na temat wartości na osi X dotyczące cykli rozładowania akumulatora. Ponadto w złożonych kartach katalogowych brak potwierdzenia przez producenta wymaganego parametru OPZ, tj. Ochrona BMS”. Tymczasem Odwołujący już wcześniej w swoich wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego podawał, że karty katalogowe producenta dotyczą zwykle standardowych produktów, tak jak i w tym konkretnym przypadku – seryjnie produkowanych akumulatorów - w standardowych cenach sprzedaży. Zgodnie z załączonym do oferty oświadczeniem producenta akumulatory na potrzeby niniejszego postępowania produkowane są na zamówienie według specjalnych wymagań klienta, np. z wyższą od standardowej żywotności (wówczas są wykonywane z bardziej odpornych i droższych podzespołów). Charakterystyki pracy takich akumulatorów wykonywanych pod zamówienie są generowane dla innych niż standardowe parametry pracy czyli wg w konkretnych aplikacjach (w tym przypadku w lampach hybrydowych). Producent potwierdził, iż wszystkie jego akumulatory typu LiFePO4 12.8V posiadają w standardzie układy ochrony BMS. Taka informacja znajduje się na stronie producenta w ogólnych informacjach dotyczących takich akumulatorów: . Wykonawca nie ma wpływu na samo oznaczenie przez producenta karty katalogowej oferowanych akumulatorów, które mają być dostarczone w ramach przedmiotu niniejszego zamówienia. Odwołujący złożył zapytanie ofertowe na dostawę akumulatorów o konkretnych parametrach i w odpowiedzi otrzymał konkretną ofertę cenową, a następnie również kartę

katalogową z charakterystykami pracy po uzgodnieniu w jakiej aplikacji i przy jakich obciążeniach będą pracować dostarczane akumulatory. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego – Odwołujący wystąpił do producenta o potwierdzenie parametrów sprzętu i takowe otrzymał, którego oświadczenie wraz z tłumaczeniem załączył do akt sprawy.

Odnośnie niezgodności dotyczącej zasilania lamp Odwołujący podniósł, że Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że ze złożonej przez niego karty katalogowej lamp wynika, że wykonawca zaoferował lampy o zasilaniu 220-240 prądem zmiennym, a przecież powinny być zasilane prądem stałym - DC. Zamawiający pominął jednak, że w dokumentacji postępowania nie określił i nie zastrzegł jakim konkretnie napięciem ma być zasilana oprawa LED. Oznacza to zatem, że pozostawił to wykonawcy, który będzie realizował zamówienie. Odwołujący także podkreślił, że Zamawiający nie narzucił konkretnych rozwiązań technicznych odnoszących się do rodzaju zasilania i nie zastrzegł, że lampa hybrydowa nie może posiadać jeszcze innych niż tylko podane w OPZ podzespołów które np. wybrany wykonawca uzna za konieczne do zastosowania w swoim układzie sterowania. Co oczywiste, po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie może już zmieniać warunków udziału w postępowaniu jak i parametrów technicznych przedmiotu zamówienia (np. określać rodzaj zasilania i wprowadzić ograniczenia, że dopuszczalne jest jedynie oferowanie opraw zasilanych napięciem stałym).

Jednocześnie podniósł, że wbrew przekonaniu Zamawiającego, oprawa LED na napięcie 220-240V AC może być z powodzeniem zasilana napięciem stałym - oczywiście przy nieco innej konfiguracji połączeń wewnętrznych, albo też przy wykorzystaniu odpowiedniej przetwornicy napięcia stałego na napięcie sieciowe 230 V AC. To już jednak pozostaje w gestii Wykonawcy i zastosowanych przez niego indywidualnych rozwiązań technicznych.

Odnośnie zarzutu 1, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Odwołujący przytoczył treść przepisu oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2021 r., sygn. akt KIO 2520/2) oraz z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 350/23, podnosząc iżw przedmiotowej sprawie Odwołujący za pomocą wymaganych środków dowodowych wykazał, że oferowane przez niego produkty spełniają warunki zamówienia, a jedynie wskutek pomyłki Zamawiającego przy ocenie oferty zostały wzięte pod uwagę warunki zamówienia nieaktualne na dzień składnia ofert.

Odnośnie zarzutu 2, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MaN Complex podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia Odwołujący podniósł, że analiza treści oferty tego wykonawcy prowadzi do jednoznacznego wniosku, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia w następującym zakresie:

a)parametry słupa - wykonawca MaN Complex do oferty przetargowej załączył kartę katalogową słupa hybrydowego firmy BrasiT oznaczonego jako: „SŁUP HYBRYDOWY 6M – SŁUP OKRĄGŁY: 2P” plik: 1. Słup hybrydowy 6m okrągły, półkolisty 2P UPGRADE.T., na której zostały podane główne parametry techniczne słupa oraz planowane urządzenia jakie będą na nim zamontowane. Jednocześnie zostały dołączone i deklaracje właściwości użytkowych (DWU) firmy ELGIS-GARBATKA sp. z o. o. (dokumenty: 1.2 do 1.8). Wykonawca nie wykazał przy tym związku między BrasiT (karta katalogowa słupa), a EGIS-GARBATKA sp. z o. o. W konsekwencji nie wiadomo czy przedstawione certyfikaty i DWU dotyczą właśnie słupa BrasiT, a parametry słupa są odpowiednio przeliczone pod względem obciążeń, a zatem czy oferowany słup jest właściwy dla przedmiotowej inwestycji. Firma BrasiT (NIP 7162725085) – jest zarejestrowana w CEiDG i jest prowadzona przez Pawła Brachę w firmie jednoosobowej działalności gospodarczej. ELGIS-GARBATKA sp. z o. o. to spółka prawa handlowego wpisana do Rejestru Przedsiębiorców KRS pod nr 0000141466. Na certyfikacie: plik: 1.3 słup CERTYFIKAT NR 1488-CPR 0760-W.T podano, że dotyczy on słupów stalowych oświetleniowych typu CDR i SPC, a takich oznaczeń nie zawarto na przedstawionej karcie katalogowej firmy BrasiT. Podobnie wygląda sytuacja z deklaracją - plik: 1.6 DWU 59_2024 Słup wsporczy latarni hybrydowej typu SPC WZÓR.T, na której też jasno podano że dotyczy słupa typu SPC, a nie „słupa hybrydowego 6m – słup okrągły : 2P” zgodnie z oznaczeniem na karcie BrasiT. Powstają wątpliwości czy przedstawione certyfikaty i deklaracje firmy ELGIS-GARBATKA sp. z o. o dotyczą właśnie słupa hybrydowego BrasiT skoro w przedstawionych dokumentach nie ma żadnej informacji o powiązaniach między tymi podmiotami. A ponadto na rysunku oferowanego przez wykonawcę MaN Complex słupa podano planowane wymiary modułów PV jakie będą na nim zamontowane, a mianowicie: 2 x PV 1700 x 1020. Oznacza to, że ten słup przeliczony został do obciążeń powierzchnią naporu wiatru na moduły PV o wartości: 2 x (1.7m x 1.02m) = 3.47m2. Wykonawca MaN Complex zaoferowała natomiast w przedmiotowym postępowaniu moduły PV 445W firmy ML SYSTEM SA o znacznie większych wymiarach, tj.: 2094 x 1038 każdy co daje powierzchnię naporu wiatru: 2 x (2.094 x 1.038) = 4.35m2. Wynika z tego wprost, że powierzchnia naporu wiatru przy zaproponowanych przez wykonawcę MaN Complex w ofercie przetargowej modułach PV będzie ponad 25% większa niż podano na karcie katalogowej słupa firmy BrasiT. Powoduje to realne zagrożenie katastrofą budowlaną ponieważ tak przeciążony słup będzie mógł się złamać lub przewrócić przy większych podmuchach wiatru i będzie zagrożeniem dla zdrowia i życia osób znajdujących się w jego pobliżu. Można więc stwierdzić, że

zaproponowany słup nie jest przeznaczony do tak dużych modułów PV a zatem nie spełnia wymagań OPZ: „ … musi być przeliczony pod względem bezpieczeństwa do obciążeń związanych z wagą systemu fotowoltaicznego i powierzchnią naporu wiatru do miejsca planowanej lokalizacji – I strefy wiatrowej …”. Kolejna nieprawidłowość polega na tym, że deklaracja DWU firmy ELGIS-GARBATKA sp. z o. o odnośnie stelaża lampy hybrydowej (plik 1.8 DWU 61_2024 Wspornik hybrydowy 2PV 2094x1038 WZÓR.T) dotyczy stelaża o wymiarach 2 x 2094 x 1038, a na karcie katalogowej słupa firmy BrasiT stelaż ma wymiary 2 x 1700 x 1020. W takim przypadku należy stwierdzić, że przedstawiona deklaracja DWU firmy ELGIS-GARBATKA sp. z o.o. tym bardziej nie dotyczy stelaża przedstawionego na karcie katalogowej słupa BrasiT, a wymóg przedstawienia takiej deklaracji DWU był zawarty w OPZ. Z powyższych informacji wypływa, więc jasny wniosek, że zaproponowany przez firmę maN Complex słup firmy BrasiT nie spełnia wymagań OPZ.

b)moduły fotowoltaiczne - z treści zawartych w portalu ezamowienia.gov.pl Zamawiający w dniu 9 maja 2024 ogłosił ujednolicony, zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia pod nazwą: Załącznik nr 9 OPZ - po modyfikacji 09.05.2024 r. Dzień później, tj. 10 maja 2024 Zamawiający usunął ten plik i zastąpił go nową wersją pod nazwą: Załącznik nr 9 OPZ - po modyfikacji 09.05.2024 r. - SPROSTOWANIE OMYŁKI PISARSKIEJ. Po tym term Zamawiający nie publikował już żadnych zmian OPZ ani odpowiedzi na pytania. Zgodnie z tą ostatnią wersją zmodyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia z dnia 10 maja 2024 Zamawiający wymagał w przedmiotowym postępowaniu modułów MaN Complex zaproponował natomiast moduły znacznie różniące się od powyższych wymagań. Wykonawca MaN Complex - do oferty - oprócz karty katalogowej modułów PV załączyła co prawda również oświadczenie producenta, tj. ML SYSTEM SA potwierdzające zgodność z OPZ kilku parametrów technicznych, ale nie w nim wzmianki o 30 latach gwarancji na produkt. Wykonawca MaN Complex załączył natomiast do oferty swoje oświadczenie na którym potwierdza że zaoferowane moduły posiadają 30 lat gwarancji na produkt. Nie wiadomo jednak, na jakiej podstawie wykonawca MaN Complex potwierdza gwarancję 30 lat na produkt w imieniu producenta, skoro nie przedstawiła żadnego upoważnienia do składania oświadczeń w imieniu producenta i jego zgody na swobodne kształtowanie warunków gwarancji. Reasumując podniósł, że zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę MaN Complex moduły PV nie spełniają wymagań zawartych w zmodyfikowanym OPZ z dnia 10 maja 2024 r.

c)akumulatory – wykonawca MaN Complex zaproponował w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie akumulatorów KT-LFP12100 LiFePO4 100Ah firmy KON-TEC. Tymczasem i Odwołujący złożył w tej firmi zapytanie o możliwość zamówienia tych samych akumulatorów z wnioskiem o potwierdzenie spełniania parametrów określonych w OPZ, na dowód czego złożył treść zapytania i odpowiedzi. Z treści przedstawionej korespondencji wynika, że firma KON-TEC (producent akumulatorówkilkanaście dni przed terminem składania ofert oświadczyła, że nie posiada w swojej ofercie akumulatora LiFePO4 100Ah, który miałby wymaganą w OPZ maks. temperaturę ładowania na poziomie co najmniej +55 °C. (maksymalna temperaturą ładowania to ok. + 45 °C. Wykonawca MaN Complex dołączył jednak do swojej oferty kartę katalogową akumulatora KT-LFP12100 LiFePO4 100Ah firmy KON-TEC z informacją że maks. temperatura ładowania tego akumulatora wynosi jednak +55 °C. Na stronie internetowej firmy KON-TEC: https://kon-tec.eu/produkty/akumulatory-lifepo4/akumulator-lifepo4-12v-128v-100ah-kon-tec#dokumentacja oraz na karcie katalogowej, którą można pobrać z tej strony znajduje się jednak informacja że maks. temperatura ładowania to jednak + 45 °C, a nie +55 °C. Tak więc przedstawiony do oferty przez wykonawcę MaN Complex akumulator firmy KON-TEC nie spełnia wymagań OPZ co zresztą zostało potwierdzone przez samego producenta.

Odnośnie zarzutu 3, tj. zarzutu naruszenie przepisu art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, a to ocenę ofert w odniesieniu do nieaktualnego opisu przedmiotu zamówienia oraz niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz wybór oferty wykonawcy Man Complex. W orzecznictwie przyjmuje się, że przyjęcie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia prowadzi do naruszenia zasady równości, na dowód czego przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 10 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1992/21, jak również wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1993 r. (C-243/89) oraz wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r. , sygn. akt IV CSK 363/18), Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18 i Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17).

Odnośnie zarzutu 4, tj. zarzutu ewentualnego Odwołujący podniósł, że nie można pominąć, że Zamawiający wskazał w treści rozstrzygnięcia, że nie występował do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w zakresie parametrów akumulatora oraz rodzaju zasilania lamp z tego względu, iż jego oferta i tak podlegała odrzuceniu. Wydaje się jednak, że Zamawiający w ogóle pierwotnie nie zwrócił uwagi na te elementy oferty, gdyż te kwestie w ogóle nie znalazły się w treści wezwania do wyjaśnień z 24 maja 2024 r. Rozstrzygnięcie Zamawiającego w zakresie niezgodności oferty z warunkami

zamówienia było wadliwe, zatem Zamawiający powinien był również i ustalić czy istnieją jakiekolwiek wątpliwości co do tego czy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia w pozostałym zakresie, a jeżeli nie to miał obowiązek wystąpić o złożenie stosownych wyjaśnień. Niemniej jednak Wykonawca już na tym etapie przedstawia dodatkowe oświadczenie producenta w zakresie parametrów oferowanych akumulatorów potwierdzające spełnianie warunków zamówienia oraz wyjaśnienia w zakresie dotyczącym rodzaju zasilania lamp.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 8 lipca 2024 r., przekazując kopię odwołania za pośrednictwem platformy e-zamówienia.

W dniu 9 lipca 2024 r. wykonawca M.G. i NorbertŁapacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.C. z siedzibą w Kielcach, zwany dalej „Przystępującym MaN Complex", zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy M.G. i NorbertŁapacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.C. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „Przystępującym MaN Complex", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie
z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 rokuw sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.
z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia 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 dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1)oświadczenie producenta akumulatorów,
2)tłumaczenie oświadczenia producenta,
3)wydruk ze strony producenta,
4)karta katalogowa modułu fotowoltaicznego TYP: ML-S6MA/G1-445-144 złożona przez Man Complex,
5)karta katalogowa TYP: ML-S6MA/G1-445-144 ze strony producenta,
6)informacja z CEiDG (P.B.),
7)informacja z KRS (Elgis-Garbatka sp. z o.o.).

Izba dopuściła zawnioskowany przez Odwołującego i złożony w załączeniu do odwołania dowód, tj.: Widok mapy hybrydowej JUPITER 30LH-3 ECO-30W.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego MaN Complex" i złożone w załączeniu do odwołania dowody, tj.:

1)karta katalogowa złożona przez Odwołującego w złożonej ofercie,
2)karta katalogowa pochodząca od producenta,
3)oznaczenie produktu w każdej z ww. kart katalogowych,
4)oświadczenie ELGIS-GARBATKA Sp. z o.o.,
5)oświadczenie producenta Kon-TEC Sp. z o.o. ws. oferty na akumulatory,
6)deklaracja współpracy z dnia 2024-03-06 (BrasiT).

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony oraz Uczestnika postępowania odwoławczego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Odwołujący w dniu 18 lipca 2024 r., na rozprawie rozszerzył odwołanie w ten sposób, że wniósł także o rozpoznanie dodatkowych zarzutów dotyczących oferty wykonawcy MaN Complex, tj. treści załącznika nr 1 i odniesienia

do jednej z dyrektyw, którego to wymogu wykonawca MaN Complex, w jego ocenie, nie spełnił oraz odniesienia do oprawy oświetleniowej LED. Tymczasem art. 555 ustawy Pzp wprost stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że w postępowaniu odwoławczym Izba rozstrzyga tylko w przedmiocie zarzutów zawartych w odwołaniu. Ne jest więc możliwe podniesienie nowych zarzutów ani też rozszerzenie podstawy faktycznej już podniesionych zarzutów czy to poprzez podniesienie ich w kolejnym piśmie procesowym, czy też na rozprawie, a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania. Zarzuty podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Poza wskazaniem naruszanych przepisów istotne znaczenie ma sprecyzowanie na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga z kolei szczegółowego opisania kwestionowanego działania. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym postawił Zamawiającemu określone w odwołaniu zarzuty, dokonując ich rozszerzenia na rozprawie w dniu 18 lipca 2024 r. przez podniesienie dodatkowych zarzutów dotyczących oferty wykonawcy MaN Complex. Izba jest jednak uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Oznacza to, że na tym etapie postępowania, podnoszenie kolejnych zarzutów i precyzowanie zarzutów już podniesionych nie może mieć miejsca, gdyż stanowi nieuprawnione ich rozszerzenie.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada warunkom zamówienia (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *„zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*.”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

W ramach tego zarzutu Odwołujący odniósł się do trzech „nieprawidłowości”, które zostały wskazane przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia jego oferty.

a)gwarancja

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 2 podał, że przedmiotem zamówienia są fabrycznie nowe lampy z montażem bez zewnętrznego źródła zasalania energetycznego o parametrach wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający - zgodnie z Rozdziałem VI SWZ „Przedmiotowe środki dowodowe” -podał, że *„Wykonawca wraz z ofertą na potwierdzenie zgodności oferowanych lamp ulicznych złoży;*

– dla słupa ocynkowanego .

– dla Turbiny wiatrowej

– dla oprawy LED.

– dla modułu fotowoltaicznego;

– karty katalogowe producenta, certyfikat deklaracje zgodności potwierdzającymi wskazane parametry i normy wymagane w OPZ oraz dodatkowo jeżeli wskazane dokumenty nie potwierdzają wymaganych parametrów

Jeżeli w karcie katalogowej, certyfikacje i deklaracji zgodności nie są zawarte wszystkie wymagane specyfikacją zapisy, Wykonawca zobligowany jest załączyć dodatkowe dokumenty potwierdzające spełnienie wymaganych parametrów.

Przedmiotowy środek dowodowy należy złożyć zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1a do SWZ składany wraz z ofertą, gdzie doprecyzowano które dane i parametry wymagają potwierdzenia dokumentami a które wystarczy potwierdzać że wymagany parametr jest zgodny z OPZ

Zamawiający nie przewiduje uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.”.

Zamawiający w Załączniku nr 9 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” , pkt 7 podał *„Moduł fotowoltaiczny – wykonany w technologii monokrystalicznej, w technologii szkło-szkło BiFacial. Złączyć kartę katalogową potwierdzającą wszystkie opisane poniżej parametry modułu fotowoltaicznego. (…)*

- Gwarancja na produkt: min 25 lat

- Gwarancja na mocy: min 30 lat – dla utrzymania w deklarowanym okresie wydajności na poziomie min 82% (…)”.

Na potwierdzenie spełnienia powyższych wymogów żądał złożenia przez wykonawców wypełnionego Załącznika nr 1a.

Zamawiający w Informacji dla Wykonawców nr 1 z dnia 23 kwietnia 2024 r., odpowiadając na pytanie nr 36.5 „*Czy Zamawiający obniży minimalną gwarancję na mocy do min. 25 lat ? Skoro Zamawiający wymaga minimalnej gwarancji na produkt min. 25 lat to 30-letnia gwarancja na mocy przekracza ogólna gwarancję na produkt. Oba te okresy nawzajem się wykluczają, a dotyczą tego samego produktu*.”. odpowiedział „*Zamawiający wyjaśnia oczywistą pomyłkę tzn. zapis*

dotyczący gwarancji produktowej i moc brzmi prawidłowo: min: 25-letnia gwarancja na moc, min: 30 letnia gwarancja na produkt.".

Zamawiający w dniu 9 maja 2024 r. zamieścił na stornie internetowej prowadzonego postępowania „Załącznik nr 9 po modyfikacji" „Załącznik nr 9 – OPZ po modyfikacji 09.05.2024r. pdf", który – jak wynika z informacji zawartej na powyższej stronie - został usunięty „10 maja 2024, godz. 11:08 Powód usunięcia: błędny dokument".
Zamawiający w dniu 10 maja 2024 r. zamieścił na stornie internetowej prowadzonego postępowania „Załącznik nr 9 OPZ Załącznik nr OPZ – po modyfikacji 09.05.2024 r.-Sprostowanie omyłki pisarskiej".

Odwołujący wraz z ofertą złożył Załącznik nr 1a, w treści którego w odniesieniu do modułu fotowoltanicznego podał: „*Gwarancja na produkt: [lat] 25 lat*", „*Gwarancja na mocy: 30 [lat]– dla utrzymania w deklarowanym okresie wydajności na poziomie min 82 [%]".*
Zamawiający, pismem z dnia 28 czerwca 2024 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy M.G. i Norbert Łapacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.C. z siedzibą w Kielcach jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując że „*Zamawiający w złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych dostrzegł następujące nieprawidłowości:*

1)Zgodnie z udzielonymi odpowiedziami na zadane pytania informacją nr 1 (pytanie – odpowiedź nr 36.5) Zamawiający wymagał 25 lat gwarancji na moc i 30 lat na produkt w złożonym załączniku nr 1a do SWZ Wykonawca zaoferował moduł fotowoltaniczny, którego gwarancja na produkt wynosi 25 lat co jest niezgodne z wymaganiami, gdyż powinno być min. 30 lat gwarancji.

2)(…)

3)(…)

*Mając na uwadze zaoferowaną gwarancję na moduł fotowoltaniczny niezgodną z OPZ, tj. zaoferowano – 25 lat gdzie wymagane jest 30 lat i parametr ten nie podlega zmianie czy też wyjaśnieniom, Zamawiający odstąpił od wezwania wykonawcy do ewentualnego wyjaśnienia pozostałych wskazanych powyżej nieprawidłowośc*i.".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający – zgodnie z SWZ - oczekiwał potwierdzenia przez wykonawcę zaoferowania modułu fotowoltanicznego z „*Gwarancją na produkt: min 25 lat"* i *„Gwarancją na moc: min 30 lat".* Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wymagał złożenia wypełnionego załącznika nr 1a. Wymóg ten został zmieniony przez Zamawiającego, który udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w Informacji dla Wykonawców nr 1 z dnia 23 kwietnia 2024 r. (pytanie nr 36.5 i odpowiedź na to pytanie) podał, że „(…) *zapis dotyczący gwarancji produktowej i moc brzmi prawidłowo: min: 25-letnia gwarancja na moc, min: 30 letnia gwarancja na produkt.*", modyfikując w tym zakresie treść SWZ. Tak więc to ten wymóg stał się w zmienionej powyższą modyfikacją treści obowiązujący dla wykonawców. Skoro więc Odwołujący zaoferował moduł fotowoltaniczny z gwarancją na produkt wynoszącą 25 lat i gwarancją na moc wynoszącą 30 lat a więc odpowiadający wymogom sprzed modyfikacji przekazanej wykonawcom w piśmie z dnia 23 kwietnia 2024 r. oznacza to, że wykonawca ten zaoferował produkt niezgodny z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ. Zamieszczona przez Zamawiającego na stornie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 10 maja 2024 r. informacja „Załącznik nr 9 OPZ Załącznik nr 9 OPZ – po modyfikacji 09.05.2024 r.- Sprostowanie omyłki pisarskiej" jest tylko i wyłącznie – jak wprost wynika z nazwy pliku pdf – sprostowaniem omyłki pisarskiej. W żaden sposób nie można z tego wywieść, że załącznik ten nie uwzględnia dokonanych wcześniej przez Zamawiającego modyfikacji będących skutkiem udzielonych wykonawcom odpowiedzi i stanowi powrót do stany sprzed dokonanych modyfikacji SWZ, w tym także załącznika nr 9. W przedmiotowym stanie faktycznym wpłynęło bowiem – jak wskazywał Zamawiający na rozprawie ponad 60 pytań – i na wszystkie udzielono odpowiedzi, dokonując w określonym zakresie także modyfikacji SWZ. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten w zakresie dotyczącym modułu fotowoltanicznego nie potwierdził się.

b)akumulator

Izba ustaliła następujący stan faktyczny

Zamawiający w Rozdziale III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia", pkt 2 podał, że przedmiotem zamówienia są fabrycznie nowe lampy z montażem bez zewnętrznego źródła zasalania energetycznego o parametrach wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający w załączniku nr 9 „Opis przedmiotu zamówienia" - OPZ, pkt 6 podał:
„*6. Akumulator – 2 szt. (parametry dla jednego akumulatora): – dostarczyć kartę katalogową potwierdzającą wszystkie wymagane parametry:*

Akumulator LiFePO4
- pojemność 1 akumulatora: minimum: 100 Ah
- zakres napięcia: 10,8V-14,4V
- Ochrona BMS
- żywotność: min. 6000 cykli (100 % DOD)
- Temperatura otoczenia podczas ładowania: 0°C – 55°C
- Temperatura otoczenia podczas rozładowywania: -20°C – 55°C
Akumulator zgodnie z normami: EMC 2014/30EU - Kompatybilność Elektromagnetyczna EMC EN 61000-6 3:2007+A1:2011+AC:2012 - Norma emisji w środowiskach mieszkalnych, handlowych i lekko uprzemysłowionych EN 6100-6-1:2007 - Odporność w środowiskach mieszkalnych, handlowych i lekko uprzemysłowionych.".
Odwołujący złożył kartę katalogową akumulatora litowo – żelazowo - fosforanowy LiFePO4 Model: LFeLi-12100M (12.8V100Ah).

Zamawiający, pismem z dnia 28 czerwca 2024 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy M.G. i Norbert Łapacz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.C. z siedzibą w Kielcach jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując że „*Zamawiający w złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych dostrzegł następujące nieprawidłowości:*

1)(…)
2)W wyniku powziętych informacji stwierdzono, iż załączona z ofertą karta techniczna akumulatora jest niezgodna z kartą katalogową na stronie producenta – karta_katalogowa w załączeniu. Pod tym samym numerem karty katalogowej akumulatora są całkiem inne dane na temat wartości na osi X dotyczące cykli rozładowania akumulatora. Ponadto w złożonych kartach katalogowych brak potwierdzenia przez producenta wymaganego parametru OPZ, tj. Ochrona BMS.
3)(…)

Mając na uwadze zaoferowaną gwarancję na moduł fotowoltaniczny niezgodną z OPZ, tj. zaoferowano – 25 lat gdzie wymagane jest 30 lat i parametr ten nie podlega zmianie czy też wyjaśnieniom, Zamawiający odstąpił od wezwania wykonawcy do ewentualnego wyjaśnienia pozostałych wskazanych powyżej nieprawidłowości.".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

„Nieprawidłowością", w treści oferty Odwołującego na jaką wskazał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, była niezgodność karty technicznej akumulatora złożonej wraz z ofertą z kartą katalogową zamieszczoną na stronie internetowej producenta, gdzie pod tym samym numerem karty katalogowej akumulatora wskazano „całkiem inne dane na temat wartości na osi X dotyczące cykli rozładowania akumulatora" oraz brak w kartach katalogowych „potwierdzenia przez producenta wymaganego parametru OPZ, tj. Ochrona BMS".

Istotnie Odwołujący złożył kartę katalogową oferowanego akumulatora, w której brak był informacji potwierdzających „ochronę BMS". Tymczasem taka informacja – jak podniósł Odwołujący – była zawarta w złożonej wraz z ofertą karcie, tj. Widok lampy hybrydowej JUPITER 30LH-3 ECO-30W. W treści tego dokumentu wskazano bowiem „zestaw dwóch akumulatorów LiFePO4 z układami BMS o pojemności 100Ah każdy umieszczonych w gruncie w hermetycznych skrzyniach". Tak więc informacja, której brak było w karcie katalogowej zawarta była na karcie dotyczącej lampy hybrydowej JUPITER 30LH-3 ECO-30W co też dopuszczała SWZ. Zamawiający w treści Załącznika nr 1a podał bowiem, że „Dla wykazanych poniżej parametrów oferowanych komponentów załączam: (obowiązkowo) karta katalogowa producenta, certyfikaty, deklaracje zgodności. Jeżeli wymagane dokumenty nie potwierdzą wymaganych parametrów należy załączyć inne dokumenty, które potwierdzą wymagane parametry dla niżej wskazanych pozycji odnosząc je do opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 9 do SWZ.", dopuszczając tym samym złożenie przez wykonawcę innego dokumentu potwierdzającego spełnienie „wymaganych parametrów". W niniejszym postępowaniu było więc możliwe potwierdzenie określonego parametru także innym dokumentem niż karta katalogowa. Przedłożony przez wykonawcę dokument potwierdza więc wyposażenie akumulatora w układ zabezpieczający czy też ochronny. Tak więc w sytuacji dopuszczenia potwierdzenia parametrów produktu innymi dokumentami niż wskazana

w SWZ karta katalogowa zarzut braku tej informacji nie potwierdził się. Wymagana informacja została bowiem przedstawiona.

Odnośnie niezgodności treści karty katalogowej z treścią karty katalogowej zawartej na stornie internetowej producenta stwierdzić należy, że kwestia ta powinna być przez Zamawiającego wyjaśniona. Karty katalogowe – jak słusznie wskazał Odwołujący – dotyczą bowiem standardowych produktów. Potwierdzeniem powyższego jest oświadczenie firmy Yangtze Solar Power Co., Ltd z dnia 2 lipca 2024 r. Producent zaoferowanych przez Odwołującego akumulatorów wskazał bowiem, że „wszystkie nasze akumulatory LiFePO4 12,8 V są standardowo zabezpieczone systemem BMS. Informacje te są również dostępne na naszej głównej stronie internetowej: https://www.yangtze-solar.com/product/216.html dotyczącej naszych akumulatorów. Jako producent akumulatorów LiFePO4 mamy pełną

swobodę w doborze komponentów do akumulatorów. Na życzenie klienta możemy zastosować w danym akumulatorze ogniwa o różnych parametrach technicznych i żywotności. Parametry podane na kartach katalogowych dostępnych na naszej stronie internetowej dotyczą wersji standardowych i oczywiście najtańszych. Wersje dedykowane specjalnym wymaganiom klienta (inne prądy ładowania, prądy rozładowania, czasy cykli itp.) są oczywiście droższe, ale ich parametry techniczne są znacznie lepsze. Jako producent zastrzegamy sobie prawo do ulepszania naszych produktów i wprowadzania zmian bez wcześniejszego powiadomienia.". Tym samym zarzut ten w tej części potwierdził się.

c)zasilanie lamp

Izba ustaliła następujący stan faktyczny

Zamawiający w Rozdziale III SWZ „Opis przedmiotu zamówienia", pkt 2 podał, że przedmiotem zamówienia są fabrycznie nowe lampy z montażem bez zewnętrznego źródła zasalania energetycznego o parametrach wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.

Odwołujący złożył kartę katalogową, w treści której wskazano, że wykonawca zaoferował lampę o zasilaniu „220 … 240V".

Zamawiający, pismem z dnia 28 czerwca 2024 r., poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty Odwołującego, że „*Zamawiający w złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych dostrzegł następujące nieprawidłowości:*

1)(…)

2)(…)

3)Ze złożonej przez Wykonawcę karty katalogowej wynika, ze Wykonawca zaoferował lampę o zasilaniu 220… 240V czyli do normalnej sieci energetycznej na prąd zmienny AC, gdzie w przypadku przedmiotowych lamp hybrydowych mamy do czynienia z prądem stałym DC.

*Mając na uwadze zaoferowaną gwarancję na moduł fotowoltaniczny niezgodną z OPZ, tj. zaoferowano – 25 lat gdzie wymagane jest 30 lat i parametr ten nie podlega zmianie czy też wyjaśnieniom, Zamawiający odstąpił od wezwania wykonawcy do ewentualnego wyjaśnienia pozostałych wskazanych powyżej nieprawidłowośc*i.".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego. W SWZ brak jest bowiem jakichkolwiek informacji na temat tego w jaki sposób ma być zasilana lampa. Natomiast pytanie, do którego odwołał się Zamawiający, dotyczyło wymogu posiadania przez oprawę LED certyfikatu na zgodność z dyrektywą LVD (2014/35/UE) (pyt. 34). Nie dotyczyło więc kwestii, które stały się podstawą podniesionej wobec Odwołującego podstawy odrzucenia oferty. Zamawiający nie wskazał przy tym żadnych zapisów SWZ, które tego rodzaju informacji by wymagały. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten w części dotyczącej tej „nieprawidłowości" potwierdził się.

W kontekście powyższego i wobec okoliczności braku możliwości uwzględnienia zarzutu w części oraz okoliczności, że część zarzutu, która nie potwierdziła się bezwzględnie skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego, zarzut 1 odwołania nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MaN Complex podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *„zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*.". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, odnosząc się do trzech „nieprawidłowości", na które wskazał Odwołujący we wniesionym odwołaniu.

a)parametry słupa

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Załącznik nr 9 „Opis przedmiotu zamówienia – OPZ", pkt 1 podał wymagania dotyczące słupa stalowego ocynkowanego, wskazując jednocześnie, że wykonawca zobowiązany jest „załączyć kartę katalogową, deklaracje oraz atesty na wszystkie opisane poniżej parametry konstrukcji stalowej potwierdzające wymagania.".

Wykonawca MaN Complex złożył kartę katalogową „SŁUP HYBRYDOWY 6M – SŁUP OKRĄGŁY: 2P „I stre wiatrowa wg. PN-EN 1991-1-4" oraz deklaracje właściwości użytkowych firmy ELGIS-BARBATKA Sp. z o.o.

Odwołujący, kwestionując treść oferty wykonawcy MaN Complex podniósł m.in., że wykonawca nie wykazał związku między BrasiT (karta katalogowa słupa), a EGIS-GARBATKA sp. z o. o. W konsekwencji nie wiadomo czy przedstawione certyfikaty i DWU dotyczą właśnie słupa BrasiT, a parametry słupa są odpowiednio przeliczone pod względem obciążeń, a zatem czy oferowany słup jest właściwy dla przedmiotowej inwestycji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający – zgodnie z wymogami SWZ – na potwierdzenie spełniania wymogów postawionych w SWZ przez oferowany słup stalowy ocynkowany wymagał złożenia „karty katalogowej, deklaracji oraz atestów na wszystkie opisane poniżej parametry konstrukcji stalowej potwierdzające wymagania" (załącznik nr 9). Zamawiający podał, że „Jeżeli wymagane dokumenty nie potwierdzą wymaganych parametrów należy załączyć inne dokumenty, które potwierdzą wymagane parametry dla niżej wskazanych pozycji odnosząc je do opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 9 do SWZ" (załącznik nr 1a), dopuszczając tym samym wobec treści przywołanych zarzutów potwierdzanie wymaganych parametrów poprzez złożenie innych dokumentów okoliczność tę potwierdzających. I takie dokumenty w zakresie oferowanego słupa wykonawca MaN Complex złożył. Dokumenty te potwierdzają spełnienie wymagań Zamawiającego, w tym wskazują, że zaoferowany słup ma takie a nie inne obciążenie i jest ono, wbrew twierdzeniom Odwołującego, zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego dotyczące braku wykazania związku pomiędzy wykonawcą MaN Complex a firmą BrasiT i firmą ELGIS-GARBATKA Sp. z o.o. nie znajdują potwierdzenia w aktach postępowania. Z treści SWZ jednoznacznie wynika bowiem jakie dokumenty wykonawcy zobowiązani byli złożyć i brak jest wśród nich takich dokumentów, które miałaby wykazywać charakter czy też formę współpracy pomiędzy dostawcami i producentami wykonawcy a więc i wykonawcy MaN Complex. Niezależnie od powyższego wykonawca ten, prezentując stanowisko wobec wniesionego odwołania, złożył zarówno Deklarację współpracy z dnia 6 czerwca 2024 r. pomiędzy wykonawcy MaN Complex a firmą BrasiT oraz Oświadczenie firmy ELGIS-GARBATKA Sp. z o.o. z dnia 1 lipca 2024 r., w treści którego wskazano m.in., że firma ELGIS-GARBATKA Sp. z o.o. „jest producentem słupa stalowego, latarni hybrydowej 6m 2PV 2094x1038mm I s. w. (strefa wiatrowa) (…) jest również dostawcą latarni hybrydowej, o której mowa powyżej, dla firmy: BrasiT (…) Obliczenia wytrzymałościowe słupa hybrydowego (…) zostały wykonane z uwzględnieniem montażu 2 paneli fotowoltanicznych MONO HALF-CUT firmy ML SYSTEM S.A. o wymiarach 2094x1038x35mm każdy i wadze 28±0.5 kg/szt. Zostały przedstawione stosowne certyfikaty i deklaracje (…) poświadczone przez jednostkę notyfikującą (…). Rysunek techniczny dostarczony przez firmę BrasiT, był rysunkiem poglądowym, pokazującym wyłącznie sylwetkę słupa. Za konkretne parametry słupa hybrydowego odpowiadały wzory certyfikatów, dostarczone jako potwierdzenie spełnienia wymagań. (…) Cały słup hybrydowy wraz ze stelażem pod panele fotowoltaniczne i wysięgnikiem pod oprawę LED, produkowany jest w jednym zakładzie produkcyjnym firmy ELGIS-GARBATKA Sp. z o.o.". Wątpliwości Odwołującego nie potwierdziły się. Izba więc uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

b)moduły fotowoltaniczne

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Załącznik nr 9 „Opis przedmiotu zamówienia – OPZ", pkt 6 podał wymagania dotyczące akumulatora, wskazując jednocześnie, że wykonawca zobowiązany jest „dostarczyć kartę katalogową potwierdzającą wszystkie wymagane parametry". Jednocześnie Zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców, dokonał także modyfikacji SWZ.

Wykonawca MaN Complex złożył Załącznik nr 1a oraz kartę katalogową modułu fotowoltaicznegoMONO HALF-CUT TYTP: ML-S6MA/G1-445-144.

Odwołujący podniósł m.in., że zaoferowany przez wykonawcę MaN Complex moduł nie spełnia m.in. wymagań dotyczących:

„- wydajność w warunkach STC: 20,47 % (wg OPZ wymagane było natomiast: min 21,16 %)
- zabezpieczenie wsteczne prądu – 25A (wg OPZ wymagane było natomiast: 22A)
- Waga modułu: 28 kg (wg OPZ wymagane było natomiast: maks. 24kg)
- wytrzymałość na obciążenie mechaniczne: 5400 Pa (wg OPZ wymagane było natomiast: min. 6000Pa)
- wytrzymałość na parcie wiatru: 2400 Pa (wg OPZ wymagane było natomiast: min. 4000Pa)
- Gwarancja na mocy: 25 lat – dla utrzymania w deklarowanym okresie wydajności na poziomie min 82% (wg OPZ wymagana była natomiast gwarancja generowanej mocy: min. 30 lat na poziomie min 82%)". Wskazał także na brak „30 latach gwarancji na produkt", podnosząc że takie oświadczenie złożył wykonawca MaN Complex a nie producent modułu fotowoltanicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że Zamawiający wymagał zaoferowania produktu, w tym modułu fotowoltanicznego zgodnego z wymogami SWZ opisanymi w Załączniku nr 9 do SWZ i modyfikowanymi zgodnie z udzielonymi odpowiedziami na pytania wykonawców. Zamawiający żądał jednocześnie dostarczenia przez wykonawców kart katalogowych potwierdzających wszystkie wymagane parametry. Zauważyć przy tym należy, że zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 10 maja 2024 r. informacja „Załącznik nr 9 OPZ Załącznik nr 9 OPZ – po modyfikacji 09.05.2024 r.- Sprostowanie omyłki pisarskiej" jest tylko i wyłącznie – jak wprost wynika z nazwy

pliku pdf – sprostowaniem omyłki pisarskiej. W żaden sposób nie można z tego wywieść, że załącznik ten nie uwzględnia wszystkich modyfikacji jakie dotychczas zostały wprowadzone przez Zamawiającego na skutek udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców i w konsekwencji dokonanych modyfikacji SWZ, w tym także załącznika nr 9. Oznacza to więc, że wiążąca dla wykonawców była pierwotna treść załącznika nr 9 z dokonanymi modyfikacjami, przy czym modyfikacja z dnia 10 maja 2024 r. nie stanowiła powrotu do pierwotnej treści SWZ (OPZ), gdyż była dokonana jedynie – jak wskazano – jako „sprostowanie omyłki pisarskiej". Wobec powyższego model fotowoltaniczny zaoferowany przez wykonawcę powinien był odpowiadać pierwotnej treści załącznika nr 9 zmodyfikowanej w wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców.

Tymczasem Odwołujący, wskazując na „nieprawidłowości" w ofercie wykonawcy MaN Complex odnosi się do pierwotnej treści Załącznika nr 9, pomijając dokonane przez Zamawiającego modyfikacje dotyczące m.in. wymogów dotyczących modułu fotowoltanicznego. Przykładowo przywołać należy informację dla wykonawców z dnia 2 maja 2024 r., w której Zamawiający zmodyfikował treść Załącznika nr 9, jednocześnie wskazując iż m.in. dopuszcza: „tolerancję +/- 3% dla wydajności modułu fotowoltaicznego", „tolerancję +/- 10% przy temperaturowych współczynnikach modułu fotowoltaicznego", „podniesienie/ zwiększanie wagi pojedynczego modułu o 10% z obowiązkiem spełnienia wszystkich pozostałych kryteriów określonych w OPZ oraz zmienionych parametrów ujętych we wszystkich odpowiedziach na pytania zadane przez oferentów", jak również „wyraża zgodę na odstąpienie od wymogu posiadania: certyfikatu Zhaga-D4i przez oprawę LED/ złącza Zhaga".

Odnosząc się do zarzutu braku podania w karcie katalogowej producenta informacji na temat terminu gwarancji na produkt względnie braku oświadczenia producenta, tj. ML SYSTEM S.A. stwierdzić należy, że Zamawiający w treści Załącznika nr 1a podał „Dla wykazanych poniżej parametrów oferowanych komponentów załączam: (obowiązkowo) karta katalogowa producenta, certyfikaty, deklaracje zgodności. Jeżeli wymagane dokumenty nie potwierdzą wymaganych parametrów należy załączyć inne dokumenty, które potwierdzą wymagane parametry dla niżej wskazanych pozycji odnosząc je do opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 9 do SWZ.", dopuszczając tym samym złożenie przez wykonawcę innego dokumentu potwierdzającego spełnienie „wymaganych parametrów". Wykonawca MaN Complex, pismem z dnia 14 maja 2024 r., oświadczył „Niniejszym potwierdzamy 30-letnią gwarancję na produkt: moduł fotowoltaiczny ML System typ: ML-S6MA/G1-445-144 do w/w postępowania.". Tak więc potwierdził wymóg dotyczący terminu gwarancji na produkt, co zgodnie z informacja zawartą w załączniku nr 1a było dopuszczalne. Dlatego też Izba stwierdziła, iż zarzut dotyczący powyższej „nieprawidłowości" nie potwierdził się.

c)akumulatory

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Załącznik nr 9 „Opis przedmiotu zamówienia – OPZ", pkt 6 podał wymagania dotyczące akumulatora, wskazując jednocześnie, że wykonawca zobowiązany jest „dostarczyć kartę katalogową potwierdzającą wszystkie wymagane parametry", tj.:

„Akumulator LiFePO4
- pojemność 1 akumulatora: minimum: 100 Ah
- zakres napięcia: 10,8V-14,4V
- Ochrona BMS
- żywotność: min. 6000 cykli (100 % DOD)
- Temperatura otoczenia podczas ładowania: 0°C – 55°C
- Temperatura otoczenia podczas rozładowywania: -20°C – 55°C

Akumulator zgodnie z normami: EMC 2014/30EU - Kompatybilność Elektromagnetyczna EMC EN 61000-6-3:2007+A1:2011+AC:2012 - Norma emisji w środowiskach mieszkalnych, handlowych i lekko uprzemysłowionych EN 6100-6-1:2007 - Odporność w środowiskach mieszkalnych, handlowych i lekko uprzemysłowionych".

Wykonawca MaN Complex wraz z ofertą złożył kartę katalogową – „SPECYFIKACJA TECHNICZNA AKUMULATOR LITOWO-ŻELAZOWO-FOSFORANOWY NOWY LiFePO4 12,8V 100 Ah KT-LFP12100 Kon-TEC", w treści której wskazano m.in., że maksymalna temperatura ładowania tego akumulatora wynosi „~55 C".

Odwołujący zakwestionował powyższe, podnosząc że z prowadzonej przez niego korespondencji z firma Kon-TEC wynika, że firma ta nie ma w swojej ofercie akumulatora o wymaganej przez Zamawiającego temperaturze ładowania („ 0°C-55° C"). A ponadto ze strony internetowej Kon-TEC oraz karty katalogowej, którą można pobrać z tej strony wynika, że maksymalna temperatura ładowania tego akumulatora wynosi +45° C.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, co następuje:

Zamawiający, co jest bezsporne, wymagał zaoferowania przez wykonawcę akumulatora o wymaganiach określonych w Załączniku nr 9 Opis przedmiotu zamówienia – OPZ, w tym akumulatora o maksymalnej temperaturze ładowania tego akumulatora +55° C . I taki też akumulator (akumulator producenta Kon-TEC) spełniający i ten wymóg Zamawiającego zaoferował wykonawca MaN Complex. Brak więc było podstaw do kwestionowania przez

Zamawiającego spełnienia tego wymogu przez oferowany produkt. Tym bardziej, że karta katalogowa służy potwierdzeniu wymagań określonych przez Zamawiającego w SWZ a złożona przez wykonawcę MaN Complex potwierdza ich spełnienie. Okoliczność, iż to ta właśnie karta złożona przez wykonawcę MaN Complex nie została zamieszczona na stronie internetowej producenta niczego nie dowodzi. Karty katalogowe zamieszczone na stornie internetowej producenta nie zawsze bowiem obejmują wszystkie możliwe parametry i cechy produktu. Nie są bowiem przygotowywane pod konkretne postępowanie, ale są uniwersalne. Wobec czego nie uwzględniają każdego możliwego elementu takiego produktu. W tym postępowaniu producent wystawił kartę katalogową produktu, który spełnia wymagania zamawiającego. Produkt ten – jak wyjaśnił producent (dowód nr 4 złożony przez wykonawcę MaN Complex) – zostanie „wyprodukowany specjalnie na potrzeby tego zamówienia (…). W związku z tym, producent Kon-TEC Sp. z o.o., dostarczył firmie BrasilT kartę katalogową produktu stworzonego specjalnie na potrzeby tego zamówienia. (…) nie jest to produkt w regularnej sprzedaży (a więc karty katalogowe tego konkretnego produktu, na które powołuje się Odwołujący, nie są dostępne na stronie internetowej producenta Kon-TEC).". Producent (Kon-TEC) wyjaśnił także, że Odwołujący istotnie złożył zapytanie dotyczące dostawy akumulatorów o temperaturze ładowania wynoszącej 55°C, jednak z uwagi na brak dalszych szczegółów zamówienia i brak w jego ofercie akumulatorów o takiej temperaturze ładowania udzielił negatywnej odpowiedzi. To dopiero zapytanie wykonawcy MaN Complex zawierające szczegóły zamówienia pozwoliło na zaoferowanie takiego produktu jak wymagany przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Brak jest więc podstaw do stwierdzenia niespełnienia tego wymogu przez akumulator zaoferowany przez wykonawcę MaN Complex. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, a to ocenę ofert w odniesieniu do nieaktualnego opisu przedmiotu zamówienia oraz niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz wybór oferty wykonawcy MaN Complex (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny."

Przepis ten wyraża podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Tak więc wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 ustawy Pzp. Obowiązek uwzględniania tych zasad jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania.

Odwołujący naruszenie tego przepisu wiąże z przyjęciem – w jego ocenie - oferty wykonawcy MaN Complex mimo, iż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tymczasem – jak wynika – z rozpoznania zarzutów podnoszonych pod adresem oferty wykonawcy MaN Complex, których zasadność nie potwierdziła się, sytuacja taka w niniejszym postępowaniu nie miała miejsca. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonej oferty w zakresie w jakim Zamawiający powziął wątpliwość co do zgodności oferty z warunkami zamówienia (parametry oferowanego akumulatora i rodzaj zastosowanego zasilania lamp) (zarzut ewentualny – 4 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*". Celem tych wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Zamawiający – jak podniósł na rozprawie – nie miał wątpliwości co do treści oferty Odwołującego wobec czego nie wzywał go do składania wyjaśnień. A ponadto oferta tego wykonawcy – jak dalej wyjaśniał – i tak podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że *„Wykonawca zaoferował moduł fotowoltaniczny, którego gwarancja na produkt wynosi 25 lat co jest niezgodne z wymaganiami, gdyż powinno być min. 30 lat gwarancji*.", a co jak uznała Izba było dokonane prawidłowo. Nie było więc podstaw do wyjaśniania treści oferty Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……..…….