

Sygn. akt: KIO 353/18

WYROK

z dnia 12 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Zadrożny

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. przez wykonawcę **EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Ożarowice**,

przy udziale wykonawcy **PRO-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie**;
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie** kwotę **3 979 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego **Gminy Ożarowice** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Zamawiający – **Gmina Ożarówice** (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Budowę instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej w Gminie Ożarówice*” (dalej jako „Postępowanie”).

Wartość ww. zamówienia jest niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 czerwca 2017 r. pod nr 534469-N-2017.

Odwołujący wykonawca EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018 r. wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w Postępowaniu, polegających na naruszeniu:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne stwierdzenie, że oferta PRO-ECO Sp. z o.o. z siedziba w Gdyni, dalej także jako „Przystępujący”, jest najkorzystniejsza i spełnia wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiocie zamówienia: „Budowa instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej w Gminie Ożarówice” (dalej jako „SIWZ”), pomimo tego, że dokumentacja zgromadzona w sprawie wskazuje, że PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni nie spełniło wymagań stawianych w SIWZ, a punktacja przypisany tej spółce przez Zamawiającego jest błędna;

2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne stwierdzenie, że oferta PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni jest najkorzystniejsza i nie podlegała wykluczeniu pomimo tego, że dokumentacja zgromadzona w sprawie, w szczególności daty wpływu pism oraz ich forma i osoby składające oświadczenia, świadczą o tym, że powyższa spółka powinna zostać wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia albowiem nie wykazała ona spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych;

3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni pomimo tego, że wcześniej w

sprawie, która przed Krajową Izbą Odwoławczą toczyła się pod sygn. KIO 182/18, Zamawiający przychylił się do wszystkich zarzutów stawianych w odwołaniu przez EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s w Wszeradowie, w tym do zarzutów wskazujących na konieczność odrzucenia oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni;

4. Art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni z postępowania, choć spółka ta nie wykazała zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz ustawy Pzp i Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126 z dnia 2016.07.27; dalej jako „Rozporządzenia z 26.07.2016r.”), że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

5. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, pomimo, że narusza ona przepisy ustawy Pzp, a to m.in. poprzez posługiwanie się nieprzetłumaczonymi na język polski dokumentami (naruszenie art. 9 ust. 2 ustawy Pzp), naruszanie formy pisemnej przy przekazywaniu dokumentacji Zamawiającemu w ustalonych terminach (naruszenie art. 9 ust. 1 ustawy Pzp);

6. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, pomimo, że jej treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ;

7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty ECO TEAM Sp. z o.o. s.k. z/s w Częstochowie, pomimo, że jej treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ;

8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wielokrotnie wzywaniem PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni do przedkładania wyjaśnień i dokumentów w kwestiach już wcześniej żądanych przez Zamawiającego a nienależycie opisanych i udokumentowanych przez powyższą spółkę, akceptowanie dokumentacji nieprzetłumaczonej na język polski, akceptowanie naruszania przez powyższą spółkę terminów na przekazanie dokumentów Zamawiającemu, akceptowanie dokumentacji niepodpisanej przez uprawnione podmioty do działania w imieniu PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni w ramach niniejszego postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniosk o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego zbadania i oceny ofert Odwołującego;

4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni oraz ECO TEAM Sp. z o.o. s.k. z/s w Częstochowie;

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

5. zeznań Pana G. C. (Odwołujący cofnął ten wniosek na rozprawie);

oraz z ostrożności:

6. dowodu z opinii biegłego z zakresu grafologii i badania pisma ręcznego na okoliczność stwierdzenia, że sporządzone pismem ręcznym oświadczenie o spełnieniu przez moduły fotowoltaiczne oferowane przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni wymagań z §10 wzoru umowy z SIWZ, na którym to piśmie nie ma daty sporządzenia a jedynie data wpływu do Zamawiającego, zostało sporządzone przez osobę inną aniżeli tą uprawnioną do składania oświadczeń przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni w ramach niniejszego postępowania (Odwołujący cofnął ten wniosek na rozprawie).

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Dotychczas wykonawca sklasyfikowany na dalszej pozycji mógł kwestionować wybór najkorzystniejszej oferty, o ile zakwestionował również oferty wykonawców sklasyfikowanych wyżej, ale nowelizacja ustawy Pzp wiąże się z koniecznością nowe podejścia do powyższej kwestii. Obecnie w ramach Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje się, że odwołanie Wykonawcy spełnia wymagania z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli ten wykaże, że miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, poprzez czynność ponownej oceny ofert. Taki pogląd jednoznacznie zaaprobowano w opiniach publikowanych przez Urząd Zamówień Publicznych (ISBN: 978-83-88686-44-3, Warszawa 2016), równocześnie podkreślając, że prawo do kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej powinno być gwarantowane każdemu wykonawcy, gdyż jest podstawowym uprawnieniem do kontroli najważniejszej czynności zamawiającego podejmowanej w postępowaniu, wynikającym z regulacji dyrektyw odwoławczych.

Zamawiający błędnie uznał za najkorzystniejszą ofertę PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, choć prawidłowym w realiach niniejszej sprawy było dokonanie wyboru oferty EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s w Wszeradowi, w związku z tym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia, co skutkowało narażeniem Odwołującego na szkodę w postaci

poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

W uchwałach z dnia 17.11.2017 r. w sprawach III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17 Sąd Najwyższy szczegółowo odniósł się do problemów interpretacyjnych, które powstawały przy stosowaniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. W powyższych orzeczeniach zostało wskazane, że dla zamówień podprogowych (a z takim mamy do czynienia w niniejszej sprawie), art. 180 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp identyfikuje przedmiot zaskarżenia, czyli to, co mogą zainteresowani zaskarżyć. Przedmiotem zaskarżenia jest wybór najkorzystniejszej oferty, ale ten wybór najkorzystniejszej oferty może być skarżony z rozmaitych powodów, a w związku z tym zarzuty mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

W dniu 21.02.2018r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że: „Oferta spełnia przez Wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu i stanowi ofertę najkorzystniejszą na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp”.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 9 lutego 2018 roku wysłanym do Krajowej Izby Odwoławczej w związku z toczącym się postępowaniem o sygnaturze KIO 182/18 zainicjowanym na skutek złożenia odwołania przez EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s w Wszeradowi, Zamawiający w sposób jednoznaczny i kategoryczny stwierdził, że „uwzględnia całość zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionym w dniu 30 stycznia 2018 roku przez Wykonawcę EKO-SOLAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wszeradowie”. W konsekwencji należy wskazać, że w tym piśmie Zamawiający zgodził się z zarzutami, że doszło w toku postępowania do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni oraz oferty ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w Częstochowie, pomimo, że treści tych ofert nie odpowiadały treści SIWZ.

Pomimo powyższego Zamawiający faktycznie nie odrzucił ofert PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni i ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w Częstochowie, a wręcz przeciwnie wybrał ofertę PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni jako najkorzystniejszą, co skutkowało dopuszczeniem się kolejnych naruszeń przez Zamawiającego.

Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i

potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia.

W przedstawionych Odwołującemu przez Zamawiającego dokumentach zauważono, że Wykonawca PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni złożył jedynie wadliwie poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zobowiązania podmiotu trzeciego EnergyNAT Sp. z o.o. (ul. Warszawska 164. Lok. 126 Latchorzew k/Warszawy 05-082 Stare Babice), a nie przedłożył oryginału zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 26 lipca 2016. W toku postępowania o sygnaturze KIO 182/18 co prawda PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni w swoich pismach oświadczała, że złożyła prawidłowe oświadczenie, ale twierdzenia takowe nie znalazły potwierdzenia w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego, a powinno zostać to uczynione, albowiem takie oświadczenie nie było ujmowane przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa tej spółki. Odwołujący wskazał także, że nawet jeśli złożono oryginał dokumenty przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni (choć Odwołujący nigdy go nie widział u Zamawiającego) to i tak jego treść jest niewystarczająca, jeżeli jest tożsama z wcześniej przesłaną kopią. Trzeba pamiętać o jednolitym poglądzie w orzecznictwie, że Zamawiający nie może akceptować ofert, gdzie oferenci powołują się na zdolności podmiotu trzeciego wyłącznie w celu formalnego spełnienia warunków przetargu.

Kolejne uchybienie polega na tym, że PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni w ofercie wpisała 8000Pa odporność modułu fotowoltaicznego na śnieg, a w karcie modułu jest 5400Pa lub 8400Pa (8400Pa jedynie przy zastosowaniu specjalnej konstrukcji), natomiast niniejsze postępowanie nie jest prowadzone w trybie „zaprojektuj i wybuduj”, co wynika z tego, że zakres zamówienia obejmuje wyłącznie wykonanie robót budowlanych na podstawie dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ. W związku z tym należy zastosować rozwiązanie konstrukcyjne zawarte w tej dokumentacji, a nie ma tu mowy o projektowaniu specjalnej konstrukcji podwyższającej odporność modułu fotowoltaicznego.

Niezareagowanie przez Zamawiającego na wyżej opisane nieprawidłowości skutkowało przyznaniem zawyżonej i nieadekwatnej ilości punktów dla PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, wszak Zamawiający udzielał dodatkowych punktów za podwyższoną odporność modułu na śnieg tj. 8000Pa, przy założeniu montażu na konstrukcji zawartej w dokumentacji technicznej, a nie specjalnej podkonstrukcji, która zgodnie z dokumentami załączonymi przez oferenta jest wymagana, dla podwyższenia odporności na śnieg oferowanego modułu fotowoltaicznego. W związku z tym oferowane moduły fotowoltaiczne nie spełniają parametru odporności na śnieg jakie zostały wpisane w formularzu ofertowym.

Należy również zauważyć, że PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni zaproponował w formularzu technicznym załączonym do oferty moduł fotowoltaiczny SR260-60PCS POŁY 5BB oraz

wpisał jego parametry techniczne zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ, natomiast są one odmienne niż w karcie katalogowej zarówno na stronie producenta (www.saronic.de) jak i na stronie dystrybutora (www.energynat.pl) będącego jednocześnie podmiotem, na którego zasoby powołuje się Wykonawca. Pomimo rzekomego twierdzenia, że katalogi na stronach internetowych są nieaktualne, do chwili obecnej nie zostało to zmienione, co czyni zasadnym postawienie tezy, że karty katalogowe załączone przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni nie funkcjonują obecnie w obrocie, nie ma również produktów, które odpowiadają wszystkim specyfikacjom z kart załączonych przez oferenta. Można domniemywać że dokument przedstawiony przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni jest dokumentem przygotowanym wyłącznie w celu formalnego spełnienia wymagań stawianych w SIWZ, a nie odpowiada prezentuje on produktów obecnych na rynku, które spełniają wymagania Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że producent oferowanych przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni modułów fotowoltaicznych:

- w żadnym dokumencie nie potwierdził, że takowe moduły istnieją lub jest w stanie wyprodukować je w terminach przewidzianych w zamówieniu i z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego,
- w żadnym dokumencie nie potwierdził, że w obrocie faktycznie funkcjonuje katalog załączony przez oferenta a katalogi na oficjalnych stronach producenta i dystrybutora są nieaktualne,
- w żadnym dokumencie nie potwierdził, że moduły z oferty są zgodne z §10 wzoru umowy z SIWZ, co oznacza, że nie potwierdził on, iż są one zgodnie art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, że spełniają wszystkie wymogi ustawy Prawo budowlane oraz posiadają odpowiednie certyfikaty na znak bezpieczeństwa, jak również są zgodne z kryteriami technicznymi, normami, aprobatami technicznymi oraz właściwymi przepisami obowiązującymi w Polsce. Wyprzedzając ewentualny zarzut PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, że przedstawiono oświadczenie dystrybutora, to po pierwsze należy zauważyć, że takie oświadczenie nie może zastąpić oświadczenia producenta, a po drugie Odwołującemu nie przedstawiono oryginalnego dokumentu dystrybutora, stąd też wątpliwym jest czy PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni złożyła ten dokument w odpowiednim czasie i formie.

Przechodząc dalej, należy zauważyć, że oferowany przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni model modułu fotowoltaicznego ma takie samo oznaczenie tj. SR260-60PCS POŁY 5BB, lecz całkiem inne parametry, aniżeli modele, które są obecnie w sprzedaży i posiadają odpowiednie certyfikaty, aprobaty techniczne i dopuszczenia do obrotu. Oznaczenie modelu w taki sam sposób mogło mieć na celu umożliwienie Wykonawcy posługiwania się

dokumentami i certyfikatami dla innego modelu (lecz noszącego taką samą nazwę), który to został przebadany w jednostkach certyfikujących takich jak TUV lub KIWA.

Należy uwypuklić, że w zakresie dodatkowej gwarancji oferowanej przez PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni można zauważyć, że oferent wpisał w formularzu oferty wydłużenie okresu gwarancyjnego oraz rękojmi producenta na okres 15 lat, natomiast nie potwierdził tego żadnym dokumentem producenta, choć było to obligatoryjne.

Nie powinno budzić wątpliwości, że nieuzupełnienie dokumentów we właściwej formie i w terminie jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W realiach niniejszej sprawy pismem z dnia 14.02.2018r. Zamawiający wezwał PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni do złożenia wyjaśnień w terminie do 16.02.2018r. Z SIWZ, a dokładnie z pkt. 16.1 wynika, że komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami odbywa się za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za wyjątkiem oferty (także jej zmiany, wycofania, załączników, uzupełnień) oraz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt. 9.3. SIWZ (również w przypadku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), które należy złożyć pisemnie. PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni nie zachował terminu, albowiem egzemplarz wysłany na adres email nie spełnia wymagań co do formy pisemnej, natomiast oryginał został doręczony Zamawiającemu dopiero 19.02.2018r.

Nie można uznać za wystarczające złożenie w dniu 16.02.2018r. pisma, które nie zostało opatrzone datą i które wskazuje jako nadawcę oświadczenia PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni. Wynika to przede wszystkim z tego, że powyższą spółkę w ramach niniejszego postępowania mogą reprezentować, a zatem składać wiążące oświadczenia i dokumenty, wyłącznie pełnomocnik - K.R. oraz Prezes Zarządu - A.K.. Nie można rozczytać kto podpisał się na złożonym dokumencie, ale z całą pewnością nie jest to podpis osób uprawnionych co jest oczywiste po zestawieniu tego podpisu z innymi podpisanymi dokumentami, w tym z podpisem na piśmie oferenta, które doręczono do Zamawiającego dopiero 19.02.2018r. Ponadto wątpliwości co do dokumentu potęguje fakt, że nie jest on tożsamy pod względem treści z oświadczeniem później doręczonym, co uzasadnia przyjęcie tezy, że PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni po zorientowaniu się, iż niewystarczające jest przesłanie wiadomości email nakłoniło bliżej nieznaną osobę do złożenia odręcznego pisma u Zamawiającego byle tylko zachować termin.

ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w Częstochowie w sposób nieuzasadniony posługuje się na zmienionej karcie katalogowej tym samym oznaczeniem modelu modułów fotowoltaicznych BEP-260, choć takie oznaczenie dotyczy urządzeń o innych parametrach, które aktualnie są sprzedawane przez producenta. Moduły oferowane przez ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w

Częstochowie są nowym produktem, którego charakterystyka prądowo-napięciowa jest całkiem inna niż modeli wprowadzonych do obrotu, opatrzonych certyfikatami, aprobatami technicznymi. Oferowany model modułu fotowoltaicznego ma takie samo oznaczenie tj. BEP-260, lecz całkiem inne parametry, aniżeli modele, które są obecnie w sprzedaży i posiadają odpowiednie certyfikaty, aprobaty techniczne i dopuszczenia do obrotu.

Podobnie jak w opisanym wcześniej przypadku PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni można domniemywać, że ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w Częstochowie posługuje się oznaczeniem modelu w taki sam sposób jak ma to miejsce w stosunku do już obecnych na rynku urządzeń, aby było możliwe posłużenie się przed Zamawiającym dokumentami i certyfikatami dla modelu przebadanego w jednostkach certyfikujących takich jak TUV lub KIWA. Takie działanie jednoznacznie należy określić jako niedopuszczalne i niezgodne z prawem. Wykonawca załącza certyfikaty potwierdzające zgodność z normami IEC 61215:2015/EN 61215:2005 z roku 2016, ale należy stwierdzić iż certyfikaty te nie mogą być ważne dla modułów, które jeszcze nigdy nie zostały wyprodukowane, bo przecież nie zostały one jeszcze nigdy przebadane i zweryfikowane przez odpowiednie jednostki badawcze.

W tym miejscu należy podkreślić, że producent oferowanych przez ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w Częstochowie modułów fotowoltaicznych:

- w żadnym dokumencie nie potwierdził, że takowe moduły istnieją lub jest w stanie wyprodukować je w terminach przewidzianych w zamówieniu i z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego,
- w żadnym dokumencie nie potwierdził, że w obrocie faktycznie funkcjonuje katalog załączony przez oferenta,
- w żadnym dokumencie nie potwierdził, że moduły z oferty są zgodne z §10 wzoru umowy z SIWZ, co oznacza, że nie potwierdził on, iż są one zgodnie art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, że spełniają wszystkie wymogi ustawy Prawo budowlane oraz posiadają odpowiednie certyfikaty na znak bezpieczeństwa, jak również są zgodne z kryteriami technicznymi, normami, aprobatami technicznymi oraz właściwymi przepisami obowiązującymi w Polsce.

Z uwagi na nieokazanie Odwołującemu przez Zamawiającego wszystkich dokumentów, w szczególności oryginałów, związanych z oświadczeniami PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni i ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w Częstochowie w zakresie przedłużenia związania ofertami oraz przedłużenia wadium, z ostrożności Odwołujący podnosi, że dokumenty zawierające stosowne oświadczenia mogły zostać złożone w niewłaściwej formie lub w niewłaściwym terminie, wszak ewentualne zawieszenie biegu terminu związania ofertą w związku z

wcześniejszym odwołaniem EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s w Wszeradowie rozciągało się tylko do Odwołującego. Jedynie w ramach przykładu Odwołujący wskazuje, że przedstawiony skan oświadczenia ECO-TEAM Sp. z o.o. s. k. z/s w Częstochowie świadczy o tym, że w terminie potrzebnym dla złożenia oświadczenia o przedłużeniu wadium nie dochowano formy pisemnej, albowiem taka wpłynęła prawdopodobnie kilka dni później.

Przyjęcie przez Zamawiającego w postępowaniu od PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni dokumentów złożonych w całości w języku obcym (innym niż język polski) bezsprzecznie doprowadziło do naruszenia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim, tj. zasady wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy Pzp., tj. zasady. Z dokumentacji przedstawionej Odwołującemu wynika, że Zamawiającemu przedkładano nieprzetłumaczone dokumenty np. kartę katalogową inwertera KACO blueplanet 15.0 TL3 INT, a są to istotne dokumenty z punktu widzenia oceny zgodności z SIWZ. Również zasada pisemności wyrażona w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, którą należy czytać łącznie z pkt. 16.1 SIWZ została naruszona, albowiem w określonych terminach przyjmowano i akceptowano dokumenty złożone w formie innej aniżeli pisemnej.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, iż wszystkie podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca PRO-ECO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni po stronie Zamawiającego. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowiła dopuścić dowód w postaci dokumentacji Postępowania oraz dowody złożone przez Strony.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek.

Podnoszone przez Przystępującego okoliczności, iż jakoby Odwołujący tylko dla pozornego wykazania posiadania interesu zakwestionował oferty sklasyfikowane wyżej od jego oferty, nie podważały istnienia interesu we wniesieniu odwołania. Odwołujący w rankingu ofert znalazł się na trzecim miejscu i w przedmiotowym odwołaniu podniósł zarzuty wobec ofert sklasyfikowanych na pierwszym i drugim miejscu. Interes we wniesieniu odwołania bada się na dzień wniesienia odwołania niezależnie od słuszności podnoszonych zarzutów (do rozstrzygnięcia zarzutów dochodzi w wyroku). Bez znaczenia jest także fakt, iż Odwołujący znalazł się na trzecim miejscu dlatego, że inne tańsze oferty zostały odrzucone z przyczyn formalnych. Bez wątplenia w przypadku uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania, oferta Odwołującego mogłaby się znaleźć na pierwszym miejscu w rankingu ofert (ofert które pozostałyby w tym postępowaniu) i Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący podkreślał, iż w uchwałach z dnia 17 listopada 2017 r. w sprawach o sygn. akt: III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17, Sąd Najwyższy odniósł się do interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Sąd Najwyższy wskazał, iż w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych, przedmiotem zaskarżenia jest wybór najkorzystniejszej oferty, ale ten wybór najkorzystniejszej oferty może być skarżony z rozmaitych powodów, a w związku z tym zarzuty mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. A zatem, nie zachodziły przesłanki do odrzucenia jego Odwołania.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie pragnie zauważyć, iż zarzuty aby zostały rozpoznane merytorycznie przez Izbę muszą być zawarte w odwołaniu. Kwestie konkretyzowane i rozwinięte podczas rozprawy a nie objęte zakresem faktycznym zarzutu sformułowanego w odwołaniu, nie mogą być rozpoznane przez Izbę. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty, które muszą być skonkretyzowane w terminie na wniesienie odwołania. Zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy, zatem niedopuszczalne jest uzupełnianie podstaw faktycznych zarzutu dopiero podczas rozprawy. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych

okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Niedopuszczalnym jest aby Odwołujący w trakcie rozprawy przywoływał dodatkowe okoliczności faktyczne, rozszerzając w ten sposób zakres postawionych w Odwołaniu zarzutów. Ponadto Izba nie może jako zarzutu odwołania uznać oświadczenia Odwołującego kwestionującego w sposób generalny wszystkie cechy danego dokumentu (Odwołującego który nie widział danego dokumentu ale jednocześnie nie podnosił zarzutu braku jego udostępnienia) bez wskazania konkretnej podstawy faktycznej zarzutu i jej zakresu.

Mając na uwadze wyżej wskazane regulacje, nie mogły zostać rozpoznane także zarzuty Przystępującego względem oferty Odwołującego. Izba rozpoznała merytorycznie zarzuty które zostały zawarte w odwołaniu poprzez wskazanie konkretnej podstawy faktycznej zarzutu i jej zakresu.

zarzut nr 1 - naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne stwierdzenie, że oferta PRO-ECO Sp. z o.o. z siedziba w Gdyni, jest najkorzystniejsza i spełnia wymagania SIWZ, pomimo tego, że dokumentacja zgromadzona w sprawie wskazuje, że PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni nie spełniło wymagań stawianych w SIWZ, a punktacja przypisana tej spółce przez Zamawiającego jest błędna;

oraz;

zarzut nr 6 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, pomimo, że jej treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ;

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów.

Odwołujący nie wykazał, iż oferowane przez Przystępującego moduły fotowoltaiczne nie spełniają wymagań zawartych w SIWZ ani też, że nie posiadają parametrów wskazanych przez Przystępującego. Przystępujący natomiast, złożył Zamawiającemu karty katalogowe potwierdzające treść swojej oferty oraz oświadczenie dystrybutora, iż zostaną dla Przystępującego wyprodukowane moduły fotowoltaiczne zgodnie ze wskazywaną specyfikacją.

W przypadku przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy pamiętać, iż stwierdzenie niezgodności oferty w SIWZ musi być odpowiednio potwierdzone i wykazane. Konsekwencją zastosowania tego przepisu jest odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania, bez możliwości jej uzupełnienia bądź zmiany. Jest to najsurowsza sankcja wobec wykonawców

zawarta w ustawie Pzp. Stąd wymóg aby przesłanki odrzucenia oferty były interpretowane ściśle.

Treść oferty Przystępującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ, natomiast Odwołujący starał się wykazać, iż niemożliwym jest zaoferowanie przez Przystępującego modułów o parametrach wskazanych przez niego w ofercie.

Wskazywane przez Odwołującego dowody zgodnie z którymi na stronie producenta widnieją karty katalogowe o innej specyfikacji niż wskazana przez Przystępującego (oraz przesłane przez producenta karty katalogowe modułów oferowanych na Polskę), nie przesądzają, iż niemożliwym jest wytworzenie bądź zaoferowanie przez tego producenta modułów o innej specyfikacji.

Odwołujący nie załączył treści korespondencji z producentem oferowanych przez Przystępującego modułów, ponadto nie załączył żadnego dowodu zgodnie z którym niemożliwym byłoby oferowanie przez Przystępującego modułów o określonych parametrach. Dowody złożone przez Odwołującego mogły co najwyżej wzbudzić wątpliwości co do takiej możliwości.

Izba mając na uwadze, klarowną treść oferty Przystępującego (w tym wyjaśnienia oferty) potwierdzoną kartami katalogowymi oraz oświadczeniem dystrybutora, uznała, iż Odwołujący nie podważył poprzez złożone dowody prawdziwości oświadczeń Przystępującego w ofercie.

Okoliczność, iż Przystępujący nie złożył żadnych certyfikatów, również nie stanowi o niezgodności oferty z SIWZ, gdyż Zamawiający nie wymagał ich złożenia wraz z ofertą.

Wskazywana w treści odwołania okoliczność, iż moduły fotowoltaiczne oferowane przez Przystępującego nie spełniają wymogu odporności na śnieg min. 8000Pa również nie została potwierdzona.

W karcie katalogowej złożonej przez Przystępującego zawarte jest stwierdzenie, iż oferowane przez niego moduły posiadają odporność na śnieg 8400Pa przy zastosowania „specjalnej konstrukcji”, natomiast bez tej konstrukcji posiadają odporność 5400Pa.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał składania kart katalogowych na etapie składania ofert, Przystępujący zrobił to mimo braku takiego wymagania w SIWZ. Niemniej jednak Izba uznała, iż także jeżeli w wyniku złożenia dokumentów nie obligatoryjnych pojawia się wątpliwość co do treści oferty to powinna ona zostać wyjaśniona.

Jak wskazał Przystępujący, specjalna konstrukcja sprowadza się do zastosowania sześciu zamiast czterech uchwytów tzw. klemów. Odwołujący natomiast podnosił, iż zastosowanie

większej ilości klemów zwiększy wagę oraz doprowadzi do zmiany dokumentacji projektowej Zamawiającego.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy są obowiązani do stosowania się do wszystkich wymogów zawartych w SIWZ, natomiast jeżeli pewne kwestie nie zostały uregulowane w SIWZ to wówczas nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który przy braku wymogów oferuje rozwiązane wybrane przez siebie.

W przedmiotowej sprawie, co potwierdził sam Zamawiający, brak było jakichkolwiek wymogów w SIWZ co do mocowania modułów fotowoltaicznych, brak było również wymogów dotyczących wagi tych modułów. A zatem Przystępujący był uprawniony do oferowania modułów z typem mocowania wybranym przez siebie.

Fakt, iż karta katalogowa (nie wymagana w SIWZ) zawiera w sobie różne alternatywne informacje nie powinien dziwić, gdyż z reguły karty takie nie są przygotowywane wobec konkretnego zamawiającego, ale jako produkt najczęściej reklamowy zawierają w sobie różne opcje. Oferta Przystępującego w zakresie tego parametru jest jednoznaczna, a zastosowanie mocowania na sześć klemów (przy braku wymogów SIWZ w tym zakresie) nie stanowi o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ. Ponadto zastosowanie innego mocowania, nie zmienia faktu, iż w dalszym ciągu oferuje się ten sam moduł fotowoltaiczny. Z oferty Przystępującego jasno wynika jakie moduły oferuje i o jakich parametrach, dlatego nie zasadna jest także podnoszona okoliczność, iż złożony kosztorys nie uwzględnia zastosowania innej konstrukcji czy wykonania nowych projektów. Koszt mocowania nie musiał być uwzględniony w oddzielnej pozycji w kosztorysie a projekty nie wymagają żadnych zmian.

Podnoszona także w Odwołaniu okoliczność, iż oferowana przez Przystępującego gwarancja producenta, nie została w żadnym miejscu potwierdzona przez producenta, również nie stanowi o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ.

Producenci mogą oferować różne okresy gwarancji, dlatego nie dziwi fakt, że w przedłożonych przez Odwołującego kartach widnieją inne okresy gwarancyjne. Zamawiający natomiast nie wymagał w SIWZ aby takie potwierdzenie producenta zostało złożone wraz z ofertą.

Zarzuty Odwołującego, iż parametry oferowanych przez Przystępującego modułów oraz oferowanej gwarancji nie zostały potwierdzone w żadnym dokumencie przez producenta, są nie zasadne. Zamawiający nie żądał złożenia takich dokumentów, więc nie można postawić Przystępującemu zarzutu, że ich nie złożył.

Wprawdzie w kryteriach oceny ofert jest sformułowanie, iż kryterium gwarancji będzie rozpatrywane na podstawie okresu gwarancji potwierdzonego przez producenta, to jednak brak jakiegokolwiek wymogu aby na potwierdzenie to należałoby złożyć wraz z ofertą jakikolwiek dokument. Zamawiający wymagał natomiast dokumentu producenta potwierdzającego gwarancję ale dopiero na etapie realizacji umowy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się także zarzut Odwołującego dot. przyznania nieodpowiedniej ilości punktów Przystępującemu. Przystępujący uzyskał odpowiednią ilość punktów stosowanie do długości gwarancji i paramentów wskazanych w swojej ofercie. Wobec nie wykazania zasadności zarzutów względem oferty Przystępującego, Izba stwierdziła, iż Przystępujący uzyskał odpowiednią ilość punktów.

zarzut nr 7 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty ECO TEAM Sp. z o.o. s.k. z/s w Częstochowie, pomimo, że jej treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ;

Mając na uwadze, argumentację wskazaną przy rozpoznaniu zarzutów nr 1 oraz nr 6, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, iż treść oferty złożonej przez ECO TEAM Sp. z o.o. s.k. z/s w Częstochowie jest niezgodna z SIWZ. Karty katalogowe na stronie producenta o innych specyfikacjach niż złożone przez ECO TEAM Sp. z o.o. nie przesądzają o niezgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ. Ponadto w zakresie gwarancji, jak wskazano powyżej Zamawiający nie wymagał złożenia żadnego potwierdzenia producenta wraz z ofertą ani żadnych certyfikatów.

zarzut nr 2 - naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne stwierdzenie, że oferta PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni jest najkorzystniejsza i nie podlegała wykluczeniu pomimo tego, że dokumentacja zgromadzona w sprawie, w szczególności daty wpływu pism oraz ich forma i osoby składające oświadczenia, świadczą o tym, że powyższa spółka powinna zostać wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia albowiem nie wykazała ona spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych;

oraz;

zarzut nr 4 - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni z postępowania, choć spółka ta nie wykazała zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz ustawy Pzp i Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r., że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów.

Odwołujący argumentował, iż Przystępujący nie złożył w oryginale zobowiązania podmiotu trzeciego oraz, że treść tego zobowiązania jest niewystarczająca do wykazania spełnienia warunku udziału (bez wskazania jakiej treści brakuje bądź jakie braki/nieprawidłowości to zobowiązanie posiada).

Zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się, jak przyznał także sam Zamawiający na rozprawie, w dokumentacji postępowania znajduje się oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego (złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów). Ponadto treść tego zobowiązania jest wystarczająca do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazywał na orzecznictwo Izby zgodnie z którym samo zobowiązanie nie może stanowić o realnym udostępnieniu zasobów, to jednak wskazywane orzecznictwo dotyczyło udostępnienia zasobu w postaci doświadczenia. Natomiast w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z udostępnieniem zasobu finansowego. W zobowiązaniu tym, podmiot trzeci zobowiązał się pisemnie do udostępnienia Przystępującemu środków finansowych w określonej wysokości. Odwołujący nie wskazał co jeszcze powinno znaleźć się w tym zobowiązaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarzuty Odwołującego nie znalazły potwierdzenia.

zarzut nr 3 - naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni pomimo tego, że wcześniej w sprawie, która przed Krajową Izbą Odwoławczą toczyła się pod sygn. KIO 182/18, Zamawiający przychylił się do wszystkich zarzutów stawianych w odwołaniu przez EKO-SOLAR Sp. z o.o. z/s w Wszeradowie, w tym do zarzutów wskazujących na konieczność odrzucenia oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni;

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Zgodnie z dominującym poglądem Izby, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego wszystkich zarzutów odwołania, zamawiający zobligowany jest do powtórzenia kwestionowanych czynności. Natomiast po powtórzeniu tych czynności odwołujący, który nie byłoby zadowolony ze sposobu ich ponownego przeprowadzenia, ma możliwość wniesienia odwołania wobec tych nowych czynności.

Wprawdzie w art. 186 ust. 2, 3, 3a ustawy Pzp, użyte jest sformułowanie, iż w przypadku umorzenia postępowania zamawiający „*wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w*

postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”, to jednak tego sformułowania nie należy odczytywać jako obowiązku wykonania przez zamawiającego wszystkich żądań zawartych w odwołaniu oraz w sposób w nim wskazany. Zamawiający jest zobligowany przede wszystkim to prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp w tym zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, a wykonanie żądań zawartych w odwołaniu często sprowadzałoby się do czynności sprzecznych z tymi przepisami i zasadami.

Zgodnie z utrwalonym poglądem, po uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania i umorzeniu postępowania, zamawiający zobligowany jest do powtórzenia kwestionowanych czynności ale w sposób przede wszystkim zgodny z przepisami i zasadami ustawy Pzp, do których stosowania zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany. Interes odwołującego wykonawcy jeżeli chodzi o jego uprawnienia w postępowaniu odwoławczym nie zostaje naruszony w tej sytuacji, gdyż po umorzeniu postępowania znosi się wzajemnie koszty postępowania odwoławczego, a wykonawca ten ma możliwość wniesienia odwołania na nowe czynności podjęte przez zamawiającego.

Ponadto należy pamiętać, iż w przypadku wydania przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania z uwagi na uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania przez zamawiającego, Izba nie rozpoznaje merytorycznie w tym postanowieniu zgłoszonych zarzutów. A zatem nie zachodziła wobec odwołania przesłanka odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Przesłanka ta ma zastosowanie wobec odwołań w wyniku których doszło do wydania przez Izbę orzeczeń, w których to Izba rozpoznała merytorycznie zarzuty. Natomiast w omawianej sytuacji mamy do czynienia z nową czynnością lub czynnościami zamawiającego, wobec których można podnosić także zarzuty, które były już zgłaszane w odwołaniu w wyniku którego wydano postanowienie o umorzeniu postępowania ze względu na uwzględnienie przez zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał powtórzenia czynności kwestionowanych w odwołaniu w wyniku którego wszczęto postępowania odwoławcze o sygn. akt KIO 182/18. Natomiast sposób ich powtórzenia, mając na uwadze zgłoszone zarzuty Odwołującego, jest merytorycznie badany przez Izbę w przedmiotowej sprawie.

zarzut nr 5 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni, pomimo, że narusza ona przepisy ustawy Pzp, a to m.in. poprzez posługiwanie się nieprzetłumaczonymi na język polski dokumentami (naruszenie art. 9 ust. 2 ustawy Pzp), naruszanie formy pisemnej przy przekazywaniu dokumentacji Zamawiającemu w ustalonych terminach (naruszenie art. 9 ust. 1 ustawy Pzp);

oraz;

zarzut nr 8 - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia poprzez wielokrotnie wzywianie PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni do przedkładania wyjaśnień i dokumentów w kwestiach już wcześniej żądanych przez Zamawiającego a nienależycie opisanych i udokumentowanych przez powyższą spółkę, akceptowanie dokumentacji nieprzetłumaczonej na język polski, akceptowanie naruszania przez powyższą spółkę terminów na przekazanie dokumentów Zamawiającemu, akceptowanie dokumentacji niepodpisanej przez uprawnione podmioty do działania w imieniu PRO-ECO Sp. z o.o. z/s w Gdyni w ramach niniejszego postępowania.

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów.

Wszystkie wymagane przez SIWZ dokumenty zostały złożone przez Przystępującego w języku polskim, jeżeli natomiast zostały złożone języku obcym to zostały złożone także odpowiednie tłumaczenia (dotyczy to także dokumentów złożonych w wyniku uzupełnienia dokumentów).

Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 14 lutego 2018 r. do złożenia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień dot. treści oferty. W wezwaniu wskazano, iż wyjaśnienia należy złożyć „w jednej z form przewidzianych w specyfikacji”. Przystępujący do upływu 16 lutego 2018 r. przesłał odpowiedź mailem (jedna z form dopuszczonych w SIWZ) a także złożył odpowiedź pisemną podpisaną przez pracownika Przystępującego.

Izba stwierdziła, iż Przystępujący postąpił zgodnie z treścią wezwania składając wyjaśnienia w formie maila. Zamawiający wymagał w SIWZ formy pisemnej wobec oferty oraz dokumentów wymienionych w pkt 9.3. SIWZ. Natomiast złożenie samo w sobie wyjaśnień podpisanych przez pracownika nie przesądza faktu, iż zostają one złożone przez osobę nieuprawnioną. Jak wskazał Przystępujący, pracownik ten posiadał odpowiednie pełnomocnictwo do występowania w imieniu Przystępującego.

Podnoszone także w odwołaniu okoliczności, iż Przystępujący oraz wykonawca ECO-TEAM nie przedłużyli w odpowiednim terminie wadium oraz terminu związania ofertą, również nie znalazły potwierdzenia w dokumentacji postępowania. Odwołującemu nie udostępniono tych dokumentów jednak nie podnosił zarzutu braku ich udostępnienia. Izba stwierdziła, iż obaj ww. wykonawcy przedłużyli termin związania ofertą oraz wadium, co potwierdził także Zamawiający na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał słuszności podnoszonych zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pełnomocnik Zamawiającego wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 4 428 zł brutto oraz załączył fakturę VAT do akt postępowania, złożył także dwa bilety internetowe przewoźnika PKP Intercity za jedną osobę, w jedną stronę na kwotę 229 złotych i stronę powrotną na kwotę 150 złotych.

Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego 3600 zł tytułem zastępstwa procesowego, uznając, iż wydatek ten stanowił uzasadniony koszt strony. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. W przedmiotowej sprawie pełnomocnik Zamawiającego złożył rachunek w postaci faktury VAT. Jednocześnie mając na uwadze treść ww. przepisów, tj. iż maksymalna kwota jaka może zostać zasądzona tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika wynosi 3 600 zł, Izba zasądziła tę kwotę a w pozostałym zakresie oddaliła wniosek. Izba uznała także koszt dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę za uzasadniony koszt strony i zasądziła na rzecz Zamawiającego także kwotę 379 zł zgodnie z przedłożonymi rachunkami w postaci biletów internetowych.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: