

## PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Dotyczy:

Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej dla budynku przy ul. Janasa 13A w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach użyteczności publicznej w Rudzie Śląskiej, znak sprawy: TIR/03/D/TP/2024

Nr Ogłoszenia: 2024/BZP 00345441/01

### ZAMAWIAJĄCY

Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z o.o.

1 Maja 218, 41-710 Ruda Śląska

Nr telefonu: 32 242 01 33

Adres poczty elektronicznej: zamowienia@mpgm.com.pl

### WYKONAWCA - ODWOŁUJĄCY

SOLAR SQUARE SP. Z O.O.

Gołężycka 12/5, 54-152 Wrocław

NIP 894 315 98 30, REGON 387299460

Nr telefonu: 690 133 533

Adres poczty elektronicznej: zp@solarsquare.eu

Przedstawiciel: Michał Lipnicki

## ODWOŁANIE

Na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej p.z.p., w imieniu własnym, wnoszę odwołanie w przypadku:

**1 ) SOLAR SQUARE SP. Z O.O. z siedzibą w miejscowości Wrocław, dalej zwanym Odwołującym od decyzji Zamawiającego na:**

- *nieuzasadnione unieważnienie postępowania, tj. nieprawidłowe zastosowanie art. 255 pkt 6 p.z.p. (błąd niemożliwy do usunięcia), podczas gdy wskazany przez Zamawiającego błąd nie zaistniał, a tym samym postępowanie winno zostać rozstrzygnięte, a nie unieważnione.*
- *niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, tj. zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej, co skutkowało nieuzasadnionym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p., podczas gdy brak było podstaw do unieważnienia postępowania, a zamawiający winien był dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 239 w zw. z art. 253 p.z.p.*

## **2 ) Atelier Sp. z o.o., dalej zwanym ATELIER na:**

- niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego tj. wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez ww. oferenta, pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia czyli na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.
- zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy z przyczyn wskazanych w art. 226 ust 1 pkt 7 p.z.p., do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy,
- zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy z przyczyn wskazanych w art. 226 ust 1 pkt 8 p.z.p., do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy,
- negocjowanie treści złożonej oferty ww. wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p., co jest niezgodne z tymże przepisem, co w konsekwencji doprowadziło do uznania zastosowania przez oferenta nieprawidłowej stawki VAT za oczywistą omyłkę rachunkową z istotnym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych mającym wpływ na wynik postępowania.

## **3 ) TARECO Adrianna Targacz, dalej zwanym TARECO na:**

- zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty ww. oferenta pomimo, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, do którego Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy,

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy w stosunku do wymienionych wykonawców w zakresie następujących przepisów:

### **1 ) w stosunku do Odwołującego:**

- naruszenie art. 16 p.z.p. – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, poprzez naruszenie ww. przepisów p.z.p.:
- art. 255 pkt 6 p.z.p. poprzez unieważnienie postępowania na skutek rzekomego błędu niemożliwego do usunięcia, podczas gdy przedmiotowy błąd nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu
- art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 253 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie dokonanie prawidłowej oceny oraz ew. wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty Odwołującego

### **2 ) w stosunku do wykonawcy ATELIER:**

- art. 226 ust. 1 pkt 2a p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że oferta ww. firmy nie podlega odrzuceniu, podczas gdy powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu z postępowania,
- art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że oferta ww. wykonawcy nie podlega odrzuceniu, podczas gdy w ofercie swojej zawarł produkty, które są niezgodne z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ,
- art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że oferta ww. oferenta nie podlega odrzuceniu, podczas gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że oferta ww. oferenta nie podlega odrzuceniu, podczas gdy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,;
- art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że oferta ww. oferenta nie podlega odrzuceniu, podczas gdy zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,
- art. 223 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, które doprowadziło do zmiany treści oferty,

- art. 224 ust. 1 p.z.p. poprzez przeprowadzenie niewystarczającego postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskich cen,

### **3 ) w stosunku do wykonawcy TARECO:**

- art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że oferta ww. wykonawcy nie podlega odrzuceniu, podczas gdy w ofercie swojej zawarł produkty, które są niezgodne z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ,
- art. 223 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, które doprowadziło do zmiany treści oferty,

Odwołujący żąda:

- 1 ) uwzględnienia odwołania w całości,
- 2 ) unieważnienia czynności unieważnienia niniejszego postępowania,
- 3 ) powtórzenie czynności badania ofert i odrzucenie ofert wykonawców:
  - ATELIER,  
jako złożonej przez wykonawcę w stosunku do którego zachodzą przesłanki do wykluczenia oraz odrzucenia jego oferty jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawierającej rażąco niską cenę oraz zawierającej błędy w obliczeniu ceny.
  - TARECO,  
jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 5 ) dokonania prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 6 ) zwrotu poniesionych kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego oraz kosztów uczestnictwa.

## **UZASADNIENIE**

### **I . UZASADNIENIE FAKTYCZNE**

#### **ZAPISY SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SWZ)**

"ROZDZIAŁ III

OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

...

Na moment składania ofert Wykonawcy są zobowiązani potwierdzić zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w sposób określonych w SWZ. Mając na uwadze art. 107 ust. 2 ustawy Zamawiający informuje, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu, w przypadku, gdy nie zostaną one złożone lub będą niekompletne.

Przedmiotowego środka dowodowego nie uzupełnia się, gdyż służy on potwierdzeniu zgodności z cechami i kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Przedmiotowy środek dowodowy musi zostać złożony lub uzupełniony w taki sposób, by wynikało z niego spełnienie wymagań przedmiotowych określonych przez zamawiającego najpóźniej z upływem terminu składania ofert. Zamawiający ma także prawo wezwać do wyjaśnień w zakresie złożonych przedmiotowych środków dowodowych. Przedmiotowe środki dowodowe, jeżeli nie potwierdzają zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z tym, co opisał zamawiający w dokumentach zamówienia, nie podlegają uzupełnieniu – oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

...

ROZDZIAŁ XVI

OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

...

3.5. Przedmiotowe środki dowodowe, zgodne z pkt 5 rozdziału XIX SWZ. Mając na uwadze art. 107 ust. 2 ustawy Zamawiający informuje, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu, w przypadku, gdy nie zostaną one złożone wraz z ofertą lub będą niekompletne. Przedmiotowego środka dowodowego nie uzupełnia się, gdyż służy on potwierdzeniu zgodności z cechami i kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.

3.6. Wypełniony załącznik nr 9 do SWZ stanowiący wstępny harmonogram rzeczowo- finansowy, który powinien uwzględniać w szczególności planowane koszty za poszczególne dostawy i usługi montażowe oraz roboty budowlane, ale także za przeglądy w okresie gwarancji.

...

5. Wykaz przedmiotowych środków dowodowych - w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:

**a)** Certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą IEC 61730-1 (lub równoważną) oraz z normą IEC 61730-2 (lub równoważną) lub z normą IEC 61215 (lub równoważną), wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 105 ust. 2 ustawy Pzp. Dokument winien być przekazany w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego z kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego przedstawiciela Wykonawcy.

**b)** Karta techniczna oferowanego panelu fotowoltaicznego potwierdzająca spełnianie przez to urządzenie parametrów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 4, 4a, 4b do SWZ dla tego urządzenia. Dokument winien być przekazany w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego z kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego przedstawiciela Wykonawcy.

**c)** Karty techniczne oferowanych inwerterów fotowoltaicznych potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 4, 4a, 4b do SWZ dla tych urządzeń. Dokument winien być przekazany w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego z kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego przedstawiciela Wykonawcy.

**d)** Karta techniczna oferowanego magazynu energii potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 4, 4a, 4b do SWZ dla tych urządzeń. Dokument winien być przekazany w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego z kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego przedstawiciela Wykonawcy.

5.1. W przypadku zastosowania materiałów, urządzeń, wyrobów lub rozwiązań równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz do złożenia wraz z ofertą kart technicznych lub innych dokumentów potwierdzających, że oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania Zamawiającego opisane w przedmiocie zamówienia.

5.2. Jeżeli Wykonawca niełoży ww. dokumentów lub złożone dokumenty będą niekompletne (nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia), Zamawiający nie będzie wzywał do ich złożenia/uzupełnienia."

#### **- dowód 4.1 - SWZ na potwierdzenie ww. zapisów**

Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytania do zamówienia przedstawił, który dokument określa minimalne wymagania względem przedmiotu zamówienia (sprzętu):

Wyjaśnienie treści SWZ z dnia 17 czerwca 2024 roku:

**"Pytanie nr 2:**

Zamawiający przedkłada jako opis przedmiotu zamówienia – opis techniczny przygotowany przez projektanta jednak należy stwierdzić, iż opis ten w ramach zamówienia publicznego jest całkowicie nieprawidłowy gdyż jego szczegółowość uniemożliwia dobór produktu równoważnego do czego Zamawiającego zobowiązuje ustawa zamówień publicznych. Dotyczy to w równej mierze zarówno falownika, jak i magazynu energii. Prosimy o dokonanie przez Zamawiającego zmiany opisu lub zaakceptowanie poniższych propozycji:

...

**Odpowiedź na pytanie nr 2:**

W projekcie wykonawczym zostały podane parametry urządzeń, na których projektant bazował podczas opracowywania projektu, ale nie są to minimalne parametry jakie muszą spełniać inwertery i magazyny zastosowane przez Wykonawcę podczas montażu instalacji. Parametry minimalne urządzeń określa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót zgodnie, z którą inwerter powinien spełniać poniższe wymagania:

...

Treść powyższej odpowiedzi jest wiążąca dla wszystkich Wykonawców, którzy będą ubiegać o udzielenie zamówienia i złożą ofertę w ww. postępowaniu z chwilą ogłoszenia treści niniejszego pisma."

**- dowód 4.2 - pytania wraz z odpowiedziami Zamawiającego na potwierdzenie wskazania dokumentu obowiązującego jako opis przedmiotu zamówienia.**

Zatem wiemy już też, który spośród dokumentów zamówienia (STWiOR) określa minimalne wymagania względem proponowanych urządzeń, które to wymagania musimy potwierdzić poprzez załączenie do oferty przedmiotowych środków dowodowych. A wymagania minimalne względem głównych podzespołów brzmią:

**"15.1. Moduły fotowoltaiczne**

Moduły PV powinny być jednego typu, wyprodukowane nie wcześniej niż 1 rok przed montażem. Powinny być wykonane z materiałów o najwyższej jakości, posiadać trwałą konstrukcją wykonaną z aluminium, odporną na obciążenia mechaniczne i obciążenia wiatrem, wolne od wad, zapewniając w ten sposób trwałość oraz największą możliwą wydajność, w bezpośrednim świetle słonecznym jak i świetle rozproszonym.

Minimalne parametry modułów PV:

- Moc: minimum 300 Wp (przyjęta w projekcie 375 Wp)
- Typ ogniwa: krzemowe, monokrystaliczne
- Sprawność: nie mniejsza niż 20,00%
- Tolerancja mocy: 0- +5Wp
- Odporność na obciążenie statyczne wg. PN-EN 61215-1: 2017-0: minimum 5400 Pa
- Wytrzymałość na parcie wiatru: minimum 2400 Pa
- Stopień ochrony minimum IP65
- Złącza w standardzie MC4
- Minimalny temperaturowy zakres pracy: od -40% do + 80%
- Współczynnik temperaturowy dla mocy znamionowej powinien być nie gorszy niż -0,38 %/°C
- Gwarancja na produkt: minimum 10 lat
- Gwarancja mocy: minimum 25 lat
- Maksymalny spadek mocy po pierwszym roku pracy: nie większy niż 4%
- Wymagane normy (lub równoważne): IEC 61730-1, IEC 61730-2, IEC 61215"

### 15.2. Inwertery

W instalacji fotowoltaicznej należy zastosować hybrydowy inwerter 3-fazowy, mający na celu przetworzenie prądu stałego z modułów fotowoltaicznych na prąd przemienny sieci elektroenergetycznej umożliwiający zarządzanie systemem magazynowania energii. Zastosowany inwerter powinien mieć możliwość eksportu szczegółowych parametrów instalacji. Przy doborze inwertera należy kierować się odpowiednimi parametrami elektrycznymi urządzeń w optymalnym przedziale mocy. Parametry jakościowe inwertera muszą być zgodne z parametrami Operatora Systemu.

Wymagane parametry inwerterów:

- Typ: beztransformatorowe,
- Zarządzanie bateryjnym systemem magazynowania energii
- Typ baterii wejściowej: litowo-jonowa (LFP)
- Napięcie startu: nie większe niż 250 V
- Moc wyjściowa: od 85% do 105% mocy generatora PV
- Maksymalna sprawność: nie mniejsza niż 97,0%
- Ważona sprawność europejska: nie mniejsza niż 96,9%
- Stopień ochrony: minimum IP65
- Wbudowany wyświetlacz, sygnalizacja LED
- Minimalny temperaturowy zakres pracy: -25°C do +60°C
- Współczynnik zakłóceń harmoniczných: nie większy niż 3%
- Zintegrowany rozłącznik DC
- Zabezpieczenie przed pracą wyspową
- Zabezpieczenie przed odwróconą polaryzacją
- Gwarancja: minimum 5 lat
- Możliwość współpracy z systemem monitoringu zdalnego poprzez zintegrowany modem lub zewnętrzne akcesorium. Urządzenie powinno zbierać następujące dane:
  - chwilowa moc instalacji
  - napięcie pracy, prąd pracy
  - energia wyprodukowana w okresie: dzień, miesiąc, rok, całkowita energia wyprodukowana przez system.

### 15.3. Magazyn energii

Projektowaną instalację fotowoltaiczną należy wyposażyć w wysokonapięciowy bateryjny magazyn energii typu LFP kompatybilny z zastosowanym inwerterem hybrydowym. Celem magazynu będzie gromadzenie energii z instalacji PV w momencie, w którym jej produkcja z instalacji fotowoltaicznej jest większa od zużycia i oddawanie jej w sytuacji niedoboru energii elektrycznej produkowanej przez system PV."

### **- dowód 4.3 - dokument STWiOR na potwierdzenie wymagań produktowych Zamawiającego.**

Dokument STWiOR zawiera jeszcze wiele opisów jednakże naszą uwagę skupiamy na na tych dotyczących wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.

W dniu 21 czerwca 2024 roku o godzinie 9:05 dokonano otwarcia ofert, protokół z otwarcia został przez Zamawiającego zamieszczony na stronie internetowej postępowania. Protokół zawierał budżet zamawiającego tj. 159 150,00 zł brutto oraz tabelę z firmami składającymi ofertę w niniejszym postępowaniu wraz z informacją o cenie ofertowej oraz pozostałymi kryteriami oceny ofert wskazanymi w ofertach przez Wykonawców. Jeszcze tego samego dnia złożyliśmy wniosek o wgląd do ofert firm konkurencyjnych biorących udział w postępowaniu, a w dniu 27 czerwca 2024 roku po uprzednim otrzymaniu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przekazaliśmy Zamawiającemu pismo ws. niezgodności w ofertach względem wymagań SWZ.

W dniu 14 sierpnia 2024 roku, a więc po niemal dwóch miesiącach od otwarcia ofert Zamawiający przekazał swoją decyzję ws. wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał ofertę Atelier Sp. z o.o. Tego samego dnia został przez nas złożony wniosek do Zamawiającego o udostępnienie całej korespondencji Zamawiającego z Wykonawcami, których nie odrzucił z postępowania.

Były to oferty firm:

- Atelier Sp. z o.o.
- TARECO Adrianna Targacz

Zamawiający jeszcze tego samego dnia przedłożył nam kopię korespondencji z ww. Wykonawcami.

- **dowód 4.4a - korespondencja z Wykonawcą Atelier**
- **dowód 4.4b - korespondencja z Wykonawcą Taereco**

Po zapoznaniu się z korespondencją oraz uzasadnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej, a także uzasadnieniem odrzucenia innych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu dochodzimy do następujących wniosków:

## 1 ) ATELIER

### **BŁĄD nr 1:**

Wykonawca - nie załączył do oferty wszystkich wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, brakującym dokumentem jest:

a) *Certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą IEC 61730-1 (lub równoważną) oraz z normą IEC 61730-2 (lub równoważną) lub z normą IEC 61215 (lub równoważną),*

### **BŁĄD nr 2:**

Wykonawca wskazał model zaproponowanego inwertera fotowoltaicznego - GOODWE GW20K-ET, który jest niezgodny z opisem wymagań znajdującym się w dokumencie STWiOR. Wykonawca załączył do oferty przedmiotowy środek dowodowy w postaci karty katalogowej jednak z opisu Zamawiającego wynikało, iż proponowany inwerter ma charakteryzować się mocą wyjściową na poziomie od 85% do 105% mocy wszystkich zamontowanych paneli fotowoltaicznych: *"Moc wyjściowa: od 85% do 105% mocy generatora PV."*

Parametr ten oznacza, że moc wyjściowa inwertera ma znajdować się w zakresie od 85% do 105% sumarycznej mocy wszystkich paneli fotowoltaicznych. Jedym słowem do określenia czy zaproponowaliśmy prawidłowy inwerter potrzebna jest nam informacja jaką moc ma pojedynczy panel fotowoltaiczny (tę informację mamy) oraz jaka została przez Wykonawcę przyjęta ilość paneli fotowoltaicznych (tej informacji nie mamy) - brak tej informacji oznacza, iż należy przyjąć, że zaproponowano najmniejszą ilość paneli fotowoltaicznych, których moc sumaryczna da nam wymaganą przez Zamawiającego moc instalacji 18kWp.

Wykonawca Atelier zaproponował panel fotowoltaiczny JINKO JKM425N-54HL4R-B, którego moc to 425Wp (*moc została wskazana w ofercie jako załączony do oferty przedmiotowy środek dowodowy w postaci karty katalogowej zaproponowanego produktu - plik o nazwie: "Jinko Solar 425 Karta katalogowa PL"*). Zatem do wyliczenia minimalnej ilości potrzebnych do niniejszej instalacji paneli fotowoltaicznych będziemy korzystać ze wzoru:

$$18 \text{ kWp} \div 0,425 \text{ kWp} = 42,353$$

Ze względu na to, że ilość paneli musi być liczbą naturalną zaokrąglamy wynik do 1 szt w górę, a więc 43 panele fotowoltaiczne o mocy pojedynczego panelu 425 Wp (0,425 kWp). Moc generatora PV, a więc moc sumaryczna instalacji wynosi zatem:

$$43 \times 0,425 \text{ kWp} = 18,275 \text{ kWp}$$

Należy przyjąć, iż to taką moc proponuje wykonawca Atelier. Wracając zatem do parametru mocy wyjściowej inwertera, która miała znajdować się w przedziale od 85% do 105% mocy sumarycznej wszystkich paneli fotowoltaicznych. Powstały zakres, w którym możemy dobrać odpowiednią moc wyjściową inwertera to od 15,534 kW (stanowiące równowartość 85% mocy wszystkich paneli) do 19,189 kW (stanowiące równowartość 105% mocy wszystkich paneli). Moce wyjściowe falowników nie mieszczące się w wskazanym zakresie będą niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca Atelier proponuje inwerter GOODWE GW20K-ET o mocy wyjściowej 20kWp, nie spełniający wymagań Zamawiającego, zatem winien w ofercie wykazać jego równoważność i tym samym obronić w taki sposób swoją ofertę, czego nie dokonał.

Jeżeli byłoby inaczej, a więc Wykonawca miałby zamiar dostarczyć większą ilość paneli fotowoltaicznych, a więc jego instalacja miałaby większą od zakładanej mocy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ:

*Na moment składania ofert Wykonawcy są zobowiązani potwierdzić zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w sposób określonych w SWZ.*

*5.1. W przypadku zastosowania materiałów, urządzeń, wyrobów lub rozwiązań równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz do złożenia wraz z ofertą kart technicznych lub innych dokumentów potwierdzających, że oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania Zamawiającego opisane w przedmiocie zamówienia.*

*5.2. Jeżeli Wykonawca niełoży ww. dokumentów lub złożone dokumenty będą niekompletne (nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia), Zamawiający nie będzie wzywał do ich złożenia/uzupełnienia."*

Stosownie do punktu 35 Wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2018-07-12, C-14/7, w celu potwierdzenia, iż rozwiązanie równoważne spełnia minimalne wymagania Zamawiającego wymaga się złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów i [oświadczeń potwierdzających](#) np. karty katalogowe /specyfikacje techniczne / opisy itp.

### **BŁĄD nr 3:**

Jakby było mało powodów odrzucenia oferty Atelier należy wykazać również ten, który wydaje się najbardziej kuriozalny. Otóż jak wykazywaliśmy wcześniej oferty w niniejszym postępowaniu zostały złożone przez 10 wykonawców. A po głębszej analizie dowiadujemy się że **Wykonawca Atelier jest powiązany kapitałowo z innym wykonawcą biorącym udział w niniejszym postępowaniu - SOLAR- EXPERT Sp. z o.o. (dalej zwany Solar-Expert)**. W obu podmiotach jedynym udziałowcem jest Pan HENRYK JÓZEF CEBULLA (PESEL 71060501392) - Atelier - 100 UDZIAŁÓW O ŁĄCZNEJ WYSOKOŚCI 50.000,00 Zł - całość udziałów spółki, Solar-Expert - 20 UDZIAŁÓW O ŁĄCZNEJ WARTOŚCI NOMINALNEJ 10.000,00 Zł - całość udziałów spółki. Pan Cebulla piastuje w Atelier stanowisko Prezesa Zarządu, a w Solar-Expert stanowisko Wiceprezesa Zarządu (przy braku Prezesa Zarządu). Przedsiębiorca widnieje na obu stronach internetowych wskazanych firm w Atelier jest wskazany poprzez nr telefonu 601 466 227, a na stronie internetowej Solar-Expert w nagłówku wymieniony jest ten sam nr telefonu oraz adres e-mail: henryk@solar-expert.pl, na stronie kontaktowej znajduje się informacja kontaktowa: Henryk Cebulla, henryk@solar-expert.pl. Ponadto na stronie internetowej Zrzeszenia Audytorów Energetycznych można wyszukać Pana Henryka Cebullę z następującą adnotacją: e-mail: [henryk@solar-expert.pl](mailto:henryk@solar-expert.pl) | województwo: śląskie | miasto: Wieszowa | telefon: 601466227 | nazwa firmy: [Atelier Sp. z o.o.](#)

**- dowód 4.5a - odpis KRS spółki Atelier pobrany z rządowej strony internetowej**

<https://wyszukiwarka-krs.ms.gov.pl/>

**- dowód 4.5b - odpis KRS spółki Solar-Expert pobrany z rządowej strony internetowej**

<https://wyszukiwarka-krs.ms.gov.pl/>



Mimo tak przytłaczających dowodów Zamawiający w dniu 1 sierpnia 2024 r. wezwał Wykonawcę Atelier do przedłożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i uznał wyjaśnienia w formie oświadczenia, iż nie ma między podmiotami powiązań kapitałowych:

"W związku z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oświadczam że **firma:**

**Atelier Sp.z o.o.**

ul.Bytomska 73

42-672 Wieszowa

REGON:27368399, NIP: 6262433447

**nie ma żadnego powiązania kapitałowego z firmą:**

**SOLAR-EXPERT Sp.z o.o.**

30-702 Kraków

ul.Romanowicza 11/4

REGON: 241236747, NIP:6431740644"

Jest to szczególnie niewiarygodne w oparciu o KRS obu spółek i przytoczone wcześniej dowody, które są załącznikami do niniejszego pisma. Ponadto należałoby się zastanowić, czy Wykonawca, który mógł dokonać zmywy przetargowej z innym Wykonawcą - dopuścić się tak haniebnego czynu, będzie miał moralne rozterki przed złożeniem takiego oświadczenia? - *pytanie retoryczne.*

Należy nadmienić również, że obaj Wykonawcy zastosowali stawkę VAT 8% (nie wszyscy Wykonawcy to zrobili), obaj Wykonawcy popełnili ten sam błąd w postaci nie załączenia do oferty (co było wymagane) przedmiotowego środka dowodowego w postaci certyfikatów dot. paneli fotowoltaicznych, obaj Wykonawcy w swoich ofertach wskazali tych samych producentów głównych podzespołów instalacji - producenci: Jinko (panele fotowoltaiczne), Goodwe (inwerter fotowoltaiczny), Goodwe (magazyn energii). Mimo tak zbliżonych ofert w sensie produktowym oferta Atelier opiewała na kwotę 102 708,00 zł brutto (przy zastosowaniu stawki 8% VAT), a oferta Solar-expert na kwotę 127 873,08 zł brutto (przy zastosowaniu stawki 8% VAT).

W tym miejscu należy wskazać, że **Zamawiający odrzucił wszystkie oferty firm, które zastosowały błędną stawkę VAT** tj. oferty Solar-Expert Sp. z o.o. oraz Odnawialne Źródła Energii Sp. z o.o. **pomijając odrzucenie oferty firmy Atelier Sp. z o.o. mimo zaistnienie tej samej przesłanki do odrzucenia tej oferty i uwzględniając zastosowanie błędnej stawki VAT jako oczywistej omyłki rachunkowej.**

W tym przypadku nie można mówić o omyłce rachunkowej, gdyż dokument nie zawierał wskazania stawki procentowej, a jedynie liczby, z których wynikało zastosowanie błędnej stawki. Omyłka rachunkowa miałaby miejsce, gdyby zadeklarowana stawka procentowa była inna niż wynikająca z obliczeń.

Takie nierówne traktowanie wykonawców budzi poważne wątpliwości co do zachowania zasady równego traktowania wykonawców w tym postępowaniu.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Wykonawcy OZE:

"Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli, zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Uzasadnienie faktyczne:

**Wykonawca w wypełnionym załączniku nr 9 do SWZ (załączniku pomocniczym do oferty), w którym stawki podatku VAT we wszystkich ofertach powinny być prawidłowe i jednakowe, po to by oferty były w pełni porównywalne a złożonym wraz z ofertą, zastosował błędną stawkę VAT (preferencyjną stawkę 8% zamiast obowiązującej stawki 23% dla budynku użyteczności publicznej), wobec czego Zamawiający powziął wątpliwości i wezwał Wykonawcę w dniu 23 lipca 2024 roku do udzielenia wyjaśnień w zakresie podstaw zastosowanej stawki podatku VAT w złożonej ofercie. Zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SWZ, wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie.**

**Wystąpienie błędu, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od motywów zachowania Wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo, w tymi między innymi aktualny również przez analogię w obowiązującym obecnie stanie prawnym wyrok KIO z dnia 11.01.2018 r. sygn. akt KIO 2723/17, w którym orzeczono, iż: „Zamawiający na gruncie regulacji art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. ma obowiązek weryfikacji zaofertowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem wynikający z art. 18 Pzp obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty wyjaśnił, że zastosował niewłaściwą stawkę vat w wysokości 8%. Tymczasem Wyrok KIO z dnia 25.04.2016 r. sygn. akt 542/16 wskazuje: „(...) Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.”**

**Wskazanie niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.”**

Ciekawe, że nie można poprawić błędu w obliczaniu ceny w przypadku Wykonawcy OZE ale w przypadku Atelier było to wykonalne. Ciekawe, że Wykonawca OZE wskazał w odpowiedzi na wezwanie że zastosował błędną stawkę VAT i nie zostało to uznane, a w przypadku Wykonawcy Atelier było to dopuszczalne i akceptowalne. Czy Zamawiający aby na pewno wie co oznacza równe traktowanie Wykonawców? W dalszym ciągu pisma przekonamy się, że było to pytanie retoryczne.

Warty zauważenia jest również fakt, iż Zamawiający wezwał wykonawcę Atelier do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, w wezwaniu poprosił o:

"...

1) wskazanie zarządzania procesem świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług, oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę,  
2) **wskazanie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę** (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

3) ewentualne **uwzględnienie i przedstawienie danych wynikających z przepisów** o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, z przepisów **z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego**, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; z przepisów prawa ochrony środowiska; oraz z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Prosimy o **przedstawienie dowodów na poparcie wyliczeń oraz o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do wątpliwości Zamawiającego**. Powyższe wyjaśnienia powinny być **przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez Wykonawcę oferty**."

Natomiast w odpowiedzi Zamawiający otrzymał niewyobrażalnie wręcz wyczerpującą odpowiedź:

*"W nawiązaniu do wezwania o udzieleniu wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny informujemy, że z racji długoletniej współpracy z dostawcami podzespołów dla systemów fotowoltaicznych mamy wypracowane duże zniżki oraz są nam udzielane promocje w związku z czym, możemy sobie pozwolić na konkurencyjność na rynku. Dodatkowo miejsce realizacji jest bardzo blisko naszej siedziby firmy, co ma znaczący wpływ na koszt robocizny."*

W zasadzie czy tu zostało cokolwiek wyjaśnione? Czy mamy tu dowody wyliczenia ceny? Czy ta odpowiedź jest wyczerpująca? Mowa tu o odpowiedzi na wezwanie RNC o długości 455 znaków, co jest równe nie całym trzem wiadomościom SMS! Mimo tej "wyczerpującej" odpowiedzi oferta została uznana za prawidłową pod kątem ceny rażąco niskiej.

Wróćmy jednak do zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - z przedstawionego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej dowiadujemy się, że Zamawiający odrzuca oferty Wykonawców:

- JAMAT GROIUP Sp. z o.o.,
- ZUBER GREEN ENERGY,
- DS. ENERGY SOLAR Sp. z o.o.,
- TECHPIK Sp. z o.o.,
- ELTECH Sp. z o.o.

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a wygląda to następująco:

#### JAMAT GROIUP Sp. z o.o.:

*"Zamawiający poinformował w SWZ także, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu w przypadku, gdy nie zostaną one złożone lub będą niekompletne. Przedmiotowego środka nie uzupełnia się, gdyż służy on potwierdzeniu zgodności z cechami i kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert."*

#### ZUBER GREEN ENERGY:

*"Wraz z upływem terminu składania ofert, Wykonawca zobowiązany był przedstawić wymagane w specyfikacji przedmiotowe środki dowodowe. Oznacza to, że wykonawca powinien co do zasady dysponować kompletem wymaganych przedmiotowych środków dowodowych w momencie złożenia oferty przetargowej. Zamawiający poinformował w SWZ także, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu w przypadku, gdy nie zostaną one złożone lub będą niekompletne. Przedmiotowego środka nie uzupełnia się, gdyż służy on potwierdzeniu zgodności z cechami i kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert."*

#### DS. ENERGY SOLAR Sp. z o.o.:

*"Wykonawca miał wskazać w przedmiotowych środkach dowodowych składanych wraz z ofertą deklarację co do parametrów oferowanych urządzeń. Analizując złożone przedmiotowe środki dowodowe Zamawiający nie był w stanie jednoznacznie określić zgodności z warunkami zamówienia ujętymi w opisie przedmiotu zamówienia."*

...

*Brak wskazania parametrów oferowanych urządzeń należy uznać za niezgodność z warunkami zamówienia (treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia). W tym zakresie nie było możliwe wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień bowiem wyjaśnianie treści oferty nie może służyć uzupełnianiu braków w ofercie lub prowadzić do zmiany jej treści."*

#### TECHPIK Sp. z o.o.:

*"Wraz z upływem terminu składania ofert, Wykonawca zobowiązany był przedstawić wymagane w specyfikacji przedmiotowe środki dowodowe. Oznacza to, że wykonawca powinien co do zasady dysponować kompletem wymaganych przedmiotowych środków dowodowych w momencie złożenia oferty przetargowej. Zamawiający poinformował w SWZ także, że przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu w przypadku, gdy nie zostaną one złożone lub będą niekompletne. Przedmiotowego środka nie uzupełnia się, gdyż służy on potwierdzeniu zgodności z cechami i kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert."*

#### ELTECH Sp. z o.o.:

*"Wykonawca miał wskazać w przedmiotowych środkach dowodowych składanych wraz z ofertą deklarację co do parametrów oferowanych urządzeń. Analizując złożone przedmiotowe środki dowodowe Zamawiający nie był w stanie jednoznacznie określić zgodności z warunkami zamówienia ujętymi w opisie przedmiotu zamówienia."*

...

*Zamawiający, porównując parametry minimalne mocy wyjściowej inwertera w warunkach Zamówienia do parametrów zaproponowanych przez Wykonawcę, stwierdził rozbieżności w kwestii zastosowanej mocy wyjściowej pojedynczego inwertera, którą Zamawiający zawarł w przedziale od 85% do 105% mocy generatora PV. Minimalna wartość określona przez Zamawiającego jako 85% generowanej przez panele PV mocy sumarycznej oraz maksymalna wartość tj. określona przez Zamawiającego jako 105% generowanej przez panele PV mocy sumarycznej wyznaczają przy tym granice dla mocy czynnej AC proponowanego inwertera fotowoltaicznego."*

Czy umożliwienie Wykonawcy Atelier zmiany oferty poprzez poprawienie rzekomej omyłki rachunkowej nie jest sprzeczne z uzasadnieniem odrzucenia oferty Wykonawcy DS Energy, gdzie wyraźnie stwierdzono, że wyjaśnianie treści oferty nie może prowadzić do jej zmiany? Dodatkowo, czy zaakceptowanie przez Zamawiającego inwertera o mocy 20kW, zaproponowanego przez Atelier, nie jest sprzeczne z argumentacją użytą przy odrzuceniu oferty Wykonawcy Eltech? Jak wykazaliśmy, moc tego inwertera przekracza 105% mocy generatora PV, co Zamawiający sam określił jako maksymalną dopuszczalną wartość. Tymczasem oferta Eltech została odrzucona właśnie z powodu wykroczenia mocy wyjściowej produktu poza dopuszczalne limity. Czy takie działania Zamawiającego nie wskazują na nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasady uczciwej konkurencji?

## 2 ) TARECO

### **BŁĄD 1:**

Wykonawca zaproponował inwerter fotowoltaiczny oraz przedłożył wraz ofertą jego kartę katalogową jednak nie wykazywała ona parametru: Napięcie startu: nie większe niż 250 V. Niemniej jednak Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień w tej sprawie.

"nie było możliwe wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień bowiem wyjaśnianie treści oferty nie może służyć uzupełnieniu braków w ofercie lub prowadzić do zmiany jej treści." - nie było możliwe w stosunku do Wykonawcy DS Energy ale nie w stosunku do Wykonawcy TARECO Adrianna Targacz. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawcy, oferent Tareco wskazuje odpowiedź z dnia 23 lipca 2024 r.:

"W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: TIR/03/D/TP/2024 Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej dla budynku przy ul. Janasa 13A w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach użyteczności publicznej w Rudzie Śląskiej (ID 932778), przedstawiam poniższe wyjaśnienia.

W złożonej przeze mnie ofercie wskazane zostały modele urządzeń jako:

1. Moduły JA SOLAR JAM60S21-375/MR
2. Inwerter hybrydowy Sofar HYD20KTL
3. Magazyn energii Sofar Solar BTS 5K

W załączonych kartach technicznych oraz certyfikatach, które zostały dołączone do oferty, znajdują się szczegółowe parametry urządzeń, potwierdzające spełnienie warunków określonych w dokumentacji zamówienia. Poniżej w tabeli przedstawiam porównanie tychże parametrów."

W odpowiedzi tej przedkłada również tabelę parametrów zaproponowanych urządzeń, w której znajdują się parametry wymagane w SWZ przez Zamawiającego w zestawieniu z parametrami urządzenia proponowanego mimo, iż załączona do oferty jako przedmiotowy środek dowodowy karta katalogowa inwertera nie wskazywała np. parametru napięcia startu urządzenia! Ponadto oferta Tareco nie zawierała informacji jaki konkretnie panel oferuje, w załączonej karcie nie znajdowało się potwierdzenie mocy modułu proponowanego, a sam plik wskazywał na całą serię produktową o konkretnym zakresie mocy tj.

"Karta\_katalogowa\_JA\_SOLAR\_JAM60S21\_355\_375MR\_FB (2)", zatem nie mamy na etapie otwarcia ofert jedynej z podstawowych informacji, za to pojawia się ona w przytoczonym powyżej oświadczeniu wykonawcy złożonym na wezwanie Zamawiającego.

Zatem wbrew wcześniejszym założeniom odrzucającym inne oferty można nanieść zmiany do treści złożonych ofert i mimo, iż przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdzał parametru w ofercie to parametr ten został potwierdzony oświadczeniem Wykonawcy po terminie otwarcia ofert. Przypomnijmy co Zamawiający wskazał w SWZ: **"Przedmiotowe środki dowodowe, jeżeli nie potwierdzają zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z tym, co opisał zamawiający w dokumentach zamówienia, nie podlegają uzupełnieniu – oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp."**

### **BŁĄD 2:**

Wykonawca Tareco zaproponował panel fotowoltaiczny JA SOLAR JAM60S21-355~375/MR (nieokreślonej mocy), jednak do wykazania błędu w postaci doboru inwertera posłużymy się mocą wskazaną w ww. oświadczeniu tj. 375 Wp. Zatem do wyliczenia minimalnej ilości potrzebnych do niniejszej instalacji paneli fotowoltaicznych będziemy korzystać ze wzoru:

$$18 \text{ kWp} \div 0,375 \text{ kWp} = 48$$

48 paneli fotowoltaicznych o mocy pojedynczego panelu 375 Wp (0,375 kWp).  
Moc generatora PV, a więc moc sumaryczna instalacji wynosi zatem:

$$48 \times 0,375 \text{ kWp} = 18,00 \text{ kWp}$$

Należy przyjąć, iż to taką moc proponuje wykonawca Tareco.

Wracając zatem do parametru mocy wyjściowej inwertera, która miała znajdować się w przedziale od 85% do 105% mocy sumarycznej wszystkich paneli fotowoltaicznych.

Powstały zakres, w którym możemy dobrać odpowiednią moc wyjściową inwertera to od 15,3 kW (stanowiące równowartość 85% mocy wszystkich paneli) do 18,9 kW (stanowiące równowartość 105% mocy wszystkich paneli).

Moce wyjściowe falowników nie mieszczące się w wskazanym zakresie będą niezgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca Atelier proponuje inwerter Sofar HYD20KTL (co również wiemy dopiero z ww. oświadczenia, gdyż do oferty trafiła tylko informacji o serii tj. SOFAR HYD 5~20KTL-3PH) o mocy wyjściowej 20kWp, nie spełniający wymagań Zamawiającego, zatem winien w ofercie wykazać jego równoważność i tym samym obronić w taki sposób swoją ofertę, czego nie dokonał. Jeżeli byłoby inaczej, a więc Wykonawca miałby zamiar dostarczyć większą ilość paneli fotowoltaicznych, a więc jego instalacja miałaby większą od zakładanej mocy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ:

Na moment składania ofert Wykonawcy są zobowiązani potwierdzić zgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w sposób określonych w SWZ.

5.1. W przypadku zastosowania materiałów, urządzeń, wyrobów lub rozwiązań równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz do złożenia wraz z ofertą kart technicznych lub innych dokumentów potwierdzających, że oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania Zamawiającego opisane w przedmiocie zamówienia.

5.2. Jeżeli Wykonawca nie złoży ww. dokumentów lub złożone dokumenty będą niekompletne (nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia), Zamawiający nie będzie wzywał do ich złożenia/uzupełnienia."

Stosownie do punktu 35 Wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2018-07-12, C-14/7, w celu potwierdzenia, iż rozwiązanie równoważne spełnia minimalne wymagania Zamawiającego wymaga się złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów i oświadczeń potwierdzających np. karty katalogowe /specyfikacje techniczne / opisy itp.

Zamawiający dnia 23 sierpnia 2024 roku unieważnił wybór oferty Atelier po licznych interwencjach Odwołującego. Argumentując, że dopiero teraz powziął informację o zaistniałych nieprawidłowościach, co jest nieprawdą, bo informacje o nieprawidłowościach przekazywaliśmy już wcześniej, jednak nie spotkało się to z adekwatną reakcją.

*W dniu 6 września 2024 roku Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu całości postępowania uzasadniając swoją decyzję niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym uzasadnieniu zawarł tezę, iż:*

*"zgodnie z zaproponowanymi w ofertach panelami fotowoltaicznymi, wyliczona została minimalna ilość paneli potrzebna do niniejszej instalacji. Tę ilość poddano kolejnym przeliczeniom, które miały podać moc sumaryczną instalacji. ", by następnie przedstawić tabelę z swoimi wyliczeniami:*

nr oferty	1	2	1+2			
	Ustalona łączna moc instalacji	moc wskazanego PV	Ilość paneli	Moc zaproponowanego inwertera	Moc sumaryczna instalacji z zaproponowaną przez oferenta mocy panelu	Tolerancja inwertera w przeliczenie na zaproponowaną mocą wejściową generatora PV
1	18,000	0,375	48	20	18,00	15,3 – 18,9 kWp
2	brak kart					
3	18,000	0,390	47	20	18,33	15,58 – 19,25 kWp
4	brak kart					
5	18,000	0,440	41	20	18,04	15,33 – 18,94 kWp
6	18,000	0,430	42	20	18,06	
7	18,000	0,410	44	20	18,04	15,33 – 18,94 kWp
8	18,000	0,375	48	17	18,00	15,3 – 18,9 kWp
9	18,000	0,410	44	20	18,04	15,33 – 18,94 kWp
10	brak kart					

"Jednakże w dokumentacji technicznej (załącznik nr 4 do SWZ) Zamawiający zawarł również informację, że dla projektowanej instalacji zastosowanie ma jeden hybrydowy inwerter o mocy znamionowej 20 kW. Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót określa przy tym znamionową moc wyjścia jako 20 000 W i maksymalną moc wyjściową jako 22 000 W. Informacje te zostały wskazane przez Zamawiającego jako parametry minimalne warunków, które należało spełnić wskazując wraz z ofertą wybrane urządzenia.

Zgodnie z kolei z dokumentacją techniczną generator PV posiada moc 18 kWp Postępując się nadal parametrem mocy wyjściowej inwertera, która zgodnie z dokumentacją miała mieścić się w przedziale od 85% do 105% mocy sumarycznej wszystkich paneli fotowoltaicznych, stwierdzić należy, że zakres, w którym można dobrać odpowiednią moc wyjściową inwertera to od 15,300 kW do 18,900 kW.

Z obliczeń wynika, że minimalne wartości inwertera wskazane przez projektanta są błędne, gdyż wynik wskazanych obliczeń nie mieści się w zakresie minimalnym. W związku z powyższym potencjalny wykonawca składający ofertę powinien zaproponować inwertery o mocy 20 kWp, co było zgodne z danymi wskazanymi przez projektanta. Jednakże ta moc nie mieści się w granicach i zakresie mocy wyjściowej wynikającej z właściwych obliczeń, co wskazuje ostatnia kolumna powyższej tabeli. Parametr minimalny wskazany przez projektanta uniemożliwił Zamawiającemu faktyczne i rzetelne porównanie złożonych ofert.

Zamawiający przyjął do badania ofert jeden z parametrów nie zauważając rozbieżności w dokumentacji."

Mimo twierdzeń Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia, **nie ma żadnego konfliktu między wymaganiami dotyczącymi inwertera**. Jak wskazaliśmy w naszych pytaniach, rzeczywistość nie istnieje urządzenie spełniające jednocześnie zarówno zapisy STWiOR, jak i projektu wykonawczego. Jednak Zamawiający, w odpowiedzi na te pytania, **wyraźnie wskazał na nadrzędność STWiOR:**

"W projekcie wykonawczym zostały podane parametry urządzeń, na których projektant bazował podczas opracowywania projektu, ale nie są to minimalne parametry jakie muszą spełniać inwertery i magazyny zastosowane przez Wykonawcę podczas montażu instalacji."

Dokument techniczny przywołany przez Zamawiającego w uzasadnieniu unieważnienia postępowania – załącznik nr 4 – to właśnie projekt wykonawczy, który wraz z odpowiedzią na pytania Odwołującego zadane jeszcze przed otwarciem ofert został zdegradowany w kontekście wymagań minimalnych co do parametrów zastosowanych urzędzeń, uznając wyższość dokumentu STWiOR.

Nadrzędność STWiOR potwierdzają również zapisy w tym dokumencie. Jednym z argumentów jest wymóg dotyczący minimalnych parametrów paneli fotowoltaicznych: "*Minimalne parametry modułów PV: – Moc: minimum 300 Wp (przyjęta w projekcie 375 Wp)*". Ponadto, w STWiOR znajduje się jasne wskazanie:

*"2. Przedmiot Specyfikacji Technicznej*

*Przedmiotem **niniejszej specyfikacji technicznej** są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót w zakresie montażu instalacji ogniw fotowoltaicznych dla zasilania budynku usytuowanego przy ul. Janasa 13A w Rudzie Śląskiej.*

*3. Zakres stosowania Specyfikacji Technicznej*

**Specyfikacja techniczna jest stosowana jako dokument przetargowy i kontraktowy przy zleceniu i realizacji robót wymienionych w punkcie 2."**

**Żaden inny dokument** przedstawiony przez Zamawiającego nie został określony jako dokument kontraktowy. Przypomnijmy, że dokument kontraktowy to umowa cywilnoprawna określająca warunki współpracy. W dokumencie "*Projektowane postanowienia umowy*" nie ma wzmianki o żadnym innym dokumencie z zakresu opisu przedmiotu zamówienia poza STWiOR:

*"Wykonawca oświadcza, że objęty niniejszą kartą gwarancyjną przedmiot gwarancji został wykonany zgodnie z umową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, zasadami wiedzy technicznej i przepisami techniczno-budowlanymi,"*

Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania odnosi się również do rzekomego wskazania w dokumencie STWiOR: "*Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót określa przy tym znamionową moc wyjścia jako 20 000 W i maksymalną moc wyjściową jako 22 000 W.*"

**Należy jednak stanowczo stwierdzić, iż takie wskazanie nie znajduje się w ww. dokumencie.**

Zatem wysnuty powód unieważnienia postępowania to kłamstwo i próba uniknięcia odpowiedzialności za wcześniej popełnione błędy i uchybienia.

Co więcej analizując przedstawioną przez Zamawiającego tabelę należy wskazać, iż jeden z wykonawców tj. oferent nr 8 zastosował inwerter mieszczący się w wymaganym przez Zamawiającego zakresie.

Skoro jeden z wykonawców był w stanie złożyć ofertę kompletną, niepodlegającą odrzuceniu, spełniającą wszystkie wymogi STWiOR i mieszczącą się w budżecie Zamawiającego, to inni wykonawcy również mieli taką możliwość. **Próba unieważnienia postępowania jawi się zatem jako akt wymierzony w uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a decyzja ta podważa fundamentalne zasady zamówień publicznych i stwarza wrażenie, że postępowanie jest prowadzone w sposób arbitralny i nieprzejrzysty.**

Zamawiający zamiast podejmować racjonalne czynności przewidziane ustawą i dokonać prawidłowego wyboru oferty, skupia się na nieistotnych lub nieprawidłowych czynnościach przedłużających przedmiotowe postępowanie.

Nadmienić należy, że Zamawiający w dniu 5 września opublikował "sprostowanie", w którym próbował zrzucić winę za opóźnienia na odwołującego, sugerując celowe wprowadzenie w błąd, co jest nieprawdą, bo informacje o nieprawidłowościach przekazywaliśmy już wcześniej, jednak nie spotkało się to z adekwatną reakcją.



Pomimo przedłużającego się procesu przetargowego, przedstawiciel Zamawiającego przez cały ten okres aktywnie budował relację z Atelier, demonstrując swoje pozytywne nastawienie do tego wykonawcy i stwarzając pozory rzetelności poprzez liczne wezwania (choć tylko dla pobieżnego obserwatora). Terminy, które rzekomo celowo zakłóciliśmy, wskazują jednak, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 77 dni przed nieuprawnionym wyborem Atelier. Rodzi to pytanie, kto faktycznie naraził Zamawiającego na opóźnienie realizacji zamówienia – my czy przedstawiciel Zamawiającego?

Warto podkreślić, że maksymalny przewidziany czas realizacji zamówienia to 70 dni. **Już w dniu nieuprawnionego wyboru Zamawiający przekroczył ten termin o 7 dni**, co wydaje się skrajnie nieproporcjonalne. Czy montaż instalacji fotowoltaicznej miałby zająć mniej czasu niż analiza dokumentacji przez Zamawiającego?

Mimo oczywistych faktów, to my jesteśmy obwiniani o opóźnienia w tym zamówieniu, a nie dezorganizacja i "taktyka" przedstawiciela Zamawiającego.

Przypomnijmy, że na złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej Wykonawcy mają jedynie 5 dni kalendarzowych, niezależnie od tego, ile świąt lub dni wolnych od pracy znajduje się w tym zakresie. Ponadto, podkreślić należy, iż złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej musi zostać rzetelnie przygotowane. W tak krótkim czasie Wykonawca musi przeanalizować stos dokumentów, wyciągnąć wnioski, poprzeć je dowodami oraz odpowiednio opisać.

Wykonawca na ww. procesy ma jedynie 5 dni, podczas gdy Zamawiający przeprowadzał procedurę wyboru oferty przez 77 dni od momentu ogłoszenia postępowania! **Ta rażąca dysproporcja czasowa dodatkowo uwypukla niesprawiedliwość sytuacji i podważa zarzuty o celowe opóźnienie postępowania z naszej strony** – co staraliśmy się wykazać w odpowiedzi na zarzuty Zamawiającego zawarte w "sprostowaniu".

Dowody stanowią załączniki do niniejszego odwołania.

Ponadto wskazać należy, że Zamawiający względem wykonawcy ATELIER oraz TARECO przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. z 2019 r. W wyniku tego postępowania, Zamawiający uznał wszystkie wyjaśnienia, pomimo, iż w świetle powyższego przepisu doprowadziły one do zmian w ofercie, które nie były pierwotnie uwzględnione. Jest to naruszenie mające istotny wpływ na wynik postępowania.

## II . UZASADNIENIE PRAWNE

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 1 PZP wymienia przesłanki odrzucenia oferty. Ma on charakter katalogu zamkniętego, co oznacza, że zamawiający nie może z innych powodów odrzucić oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego.

Z uwagi na restrykcyjny charakter tego przepisu wskazane w nim przesłanki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Jednocześnie w przypadku ustalenia okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia oferty, zamawiający nie może odstąpić od dokonania tej czynności.

Takie działanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Stanowiłoby też podstawę do wniesienia odwołania od zaniechania dokonania tej czynności (art. 513 pkt 2 p.z.p.).

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Dostrzeżenia wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Warunki zamówienia opisywane lub określone są w dokumentach zamówienia, w szczególności SWZ, OPIW (art. 7 pkt 3 p.z.p.) (przyt. SWZ odpowiada wcześniejszym SIWZ, które było dokumentem w niniejszym postępowaniu). Z definicji warunków zamówienia, a także obligatoryjnych elementów SWZ lub OPIW wynika, że oprócz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i jego realizacji (merytorycznych), określone są również wymagania proceduralne (formalne), dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia.

Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Odrzucenie oferty na podstawie tej przesłanki nie może mieć miejsca w przypadku, kiedy niezgodność treści oferty dotyczy warunków (wymagań) proceduralnych, w tym co do formy oferty, sposobu jej sporządzenia czy przekazania (vide: Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Legalis 2021).

O niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, można mówić w m.in. w następujących przypadkach: 1) wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia, nieodpowiadający wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia; 2) zakres lub sposób świadczenia wykonawcy wynikający z treści złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia; 3) wykonawca nie potwierdził spełnienia tzw. warunków przedmiotowych, badanych na podstawie wymaganych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych, tj. spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań lub cech określonych przez zamawiającego (art. 106 p.z.p.); 4) wykonawca nie zaoferował równoważnego przedmiotu zamówienia lub nie wykazał równoważności (art. 99 ust. 5 i 6 p.z.p.); 5) wykonawca nie zaakceptował projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego; 6) wykonawca nie złożył kosztorysu ofertowego lub złożył z błędami, w sytuacji gdy kosztorys ten stanowi treść oferty.

Kwestie niezgodności z SIWZ/obecnie SWZ były przedmiotem licznych orzeczeń w poprzednim stanie prawnym, znajdującym zastosowanie również na gruncie obecnego p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 15.4.2019 r. (KIO 592/19, Legalis) wskazała, że – zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie – podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty a nie domniemania Zamawiającego (nie można w tym przypadku domniemywać o zgodności produktu z SIWZ nie znając jego modelu), o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy.

Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z 5.4.2017 r. (KIO 501/17, Legalis), "niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje". Ustalając, jaka niezgodność stanowi podstawę do odrzucenia oferty, należy odnieść się jedynie do SIWZ. "Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy.

Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego" (wyr. KIO z 9.1.2017 r., KIO 2440/16, niepubl.).

Powiązania kapitałowe to sytuacja, w której między wykonawcami występują powiązania o charakterze właścicielskim, osobowym lub organizacyjnym, które mogą wpływać na ich zachowanie w postępowaniu. Takie powiązania mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji i zakłócenia uczciwego przebiegu postępowania, dlatego są one szczegółowo regulowane przez Prawo zamówień publicznych (PZP).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, udział dwóch uczestników powiązanych kapitałowo stwarza poważne ryzyko zakłócenia uczciwej konkurencji. Zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), takie powiązania mogą prowadzić do nieuczciwych praktyk, które wpływają na wynik przetargu, faworyzując jednego z uczestników.

Powiązania kapitałowe mogą umożliwić wymianę informacji poufnych, koordynację ofert czy nawet wpływanie na decyzje komisji przetargowej. To z kolei może prowadzić do zawyżania lub zaniżania cen, eliminowania konkurencji czy innych nieuczciwych praktyk, które szkodzą zarówno innym wykonawcom, jak i interesowi publicznemu.

W świetle prawa i orzecznictwa KIO, w przypadku powiązań kapitałowych istnieje domniemanie zakłócenia konkurencji. Oznacza to, że uczestnicy muszą przedstawić przekonujące dowody na to, że ich powiązania nie wpływają na uczciwość postępowania. W przeciwnym razie, ich oferty mogą zostać odrzucone.

KIO w swoich orzeczeniach wielokrotnie badała i oceniała różne rodzaje powiązań kapitałowych, takie jak:

- Udział tych samych osób w organach zarządzających lub kontrolnych różnych wykonawców.
- Posiadanie przez jednego wykonawcę udziałów lub akcji w innym wykonawcy.
- Udzielanie sobie wzajemnie pożyczek lub gwarancji.
- Wspólne korzystanie z zasobów technicznych lub osobowych.

W swoich orzeczeniach KIO podkreśla, że istnienie powiązań kapitałowych nie zawsze prowadzi do automatycznego wykluczenia wykonawców z postępowania. Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy te powiązania mogą wpływać na zachowanie wykonawców w postępowaniu i czy mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji. Jeśli zamawiający stwierdzi, że takie ryzyko istnieje, może wykluczyć wykonawców z postępowania. Orzecznictwo KIO w zakresie powiązań kapitałowych jest bogate i różnorodne:

- w wyroku KIO 1119/15 podkreśliła, że Wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej muszą wykazać, że ich powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji.
- w wyroku KIO 2526/17, Izba wskazała, że powiązania kapitałowe między wykonawcami mogą być uznane za podstawę do odrzucenia ich ofert, jeśli istnieje ryzyko, że wykonawcy będą wspólnie ustalać warunki swoich ofert lub w inny sposób zakłócać konkurencję.
- w wyroku KIO/UZP 241/07, KIO stwierdziła, że powiązania kapitałowe między wykonawcami mogą prowadzić do zakłócenia konkurencji, nawet jeśli wykonawcy formalnie występują jako odrębne podmioty.
- w wyroku KIO 2773/19, KIO wskazała, że zamawiający powinien przeprowadzić dokładną analizę powiązań kapitałowych między wykonawcami, aby ustalić, czy istnieje ryzyko zakłócenia konkurencji.

W opisaney sytuacji mamy do czynienia z ewidentnym powiązaniem kapitałowym między wykonawcami, co stanowi rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Posiadanie tego samego jedyneego wspólnika oraz wspólnego członka zarządu w osobie Pana Henryka Józefa Cebulli, legitymującego się tym samym numerem PESEL, jednoznacznie wskazuje na zależność między tymi podmiotami. W świetle tych faktów, oświadczenie złożone przez wykonawców, jakoby nie byli oni powiązani kapitałowo, należy uznać za świadome wprowadzenie w błąd Zamawiającego i próbę wyłudzenia zamówienia publicznego.

Takie działanie podważa zaufanie do uczciwości wykonawców i może prowadzić do poważnych konsekwencji, takich jak wykluczenie z postępowania, a nawet odpowiedzialność karna.

W związku z powyższym, zasadne jest podjęcie przez Zamawiającego działań mających na celu weryfikację prawdziwości złożonego oświadczenia oraz wyciągnięcie konsekwencji wobec wykonawców, którzy próbowali obejść przepisy prawa.

Natomiast Zamawiający w przedmiotowej sprawie, wzywając wybranego wykonawcę do złożenia oświadczenia o braku powiązań kapitałowych, działa w sposób nieprawidłowy. Ignoruje on oczywiste fakty i naraża się na zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W takiej sytuacji, inni wykonawcy mają prawo do złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, podnosząc zarzut niewłaściwej oceny powiązań kapitałowych przez Zamawiającego. KIO może nakazać Zamawiającemu wykluczenie wybranego wykonawcy z postępowania, jeśli uzna, że powiązania kapitałowe mogły wpłynąć na wynik postępowania.

Dlatego też, w celu zapewnienia transparentności i uczciwości tego postępowania, niezbędne jest dokładne zbadanie powiązań kapitałowych między uczestnikami oraz ich potencjalnego wpływu na konkurencję. Tylko w ten sposób można zagwarantować, że wybór wykonawcy będzie oparty na obiektywnych kryteriach i przyniesie najlepsze rezultaty dla Zamawiającego i społeczeństwa.

Warto podkreślić, że Zamawiający ma obowiązek samodzielnie i rzetelnie ocenić istnienie powiązań kapitałowych między wykonawcami, a nie polegać wyłącznie na oświadczeniach składanych przez wykonawców. W tym przypadku, Zamawiający powinien był wykluczyć obu wykonawców z postępowania ze względu na oczywiste powiązania kapitałowe.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Błąd w obliczaniu ceny to nie tylko drobna pomyłka, którą można skorygować. To poważny błąd merytoryczny, który wpływa na ostateczną cenę oferty i może wskazywać, że wykonawca nie potrafi rzetelnie oszacować kosztów realizacji zamówienia. Przykłady błędów w obliczeniu ceny:

- Niewłaściwe zastosowanie stawki VAT
- Pominięcie istotnych kosztów
- Błędne obliczenia w kosztorysie ofertowym
- Niewłaściwe zsumowanie pozycji kosztowych

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie błędnej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawie i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

- w wyroku KIO 760/21, Izba podkreśliła, że wskazanie zamawiającemu niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.
- w wyroku KIO 72/21, Izba wskazuje, że za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty.
- w wyroku KIO 1553/20, KIO wskazuje, że błędne wskazanie stawki podatku VAT w ofercie stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie może zostać poprawiony w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, pomimo oczywistej niezgodności oferty z wymaganiami SWZ, podjął decyzję o uznaniu tej niezgodności za zwykłą omyłkę rachunkową, co stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami oraz utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

Błędy w obliczaniu ceny w ofercie winny być traktowane poważnie w zamówieniach publicznych, ponieważ mogą zakłócić uczciwą konkurencję i prowadzić do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza dla zamawiającego.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 p.z.p. 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jest odpowiednik art. 87 ust. 1 p.z.p. z 2004 r. Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, nie może ulec zmianie. Wprowadzono jednak rozwiązania, dzięki którym drobne błędy, pomyłki lub niejasności w treści oferty mogą być poprawiane lub wyjaśniane. Granicą dopuszczalnych poprawek oferty oraz wyjaśnień jej treści jest brak możliwości zmiany oferty.

Oznacza to, że poprawki oferty oraz wyjaśnienia służą wyłącznie ustalaniu treści zobowiązania w zgodności z jego pierwotną treścią objętą rzeczywistym zamiarem wykonawcy (według stanu na dzień składania ofert). Treścią oferty jest oczywiście zawartość formularza ofertowego. Zamawiający może jednak żądać składania innych dokumentów zawierających ceny poszczególnych elementów oferty, tj. formularza cenowego lub kosztorysu, a także opisu technicznego oferowanych rozwiązań oraz innych załączników, których treść opisuje oferowany przedmiot zamówienia.

Bardzo często pojawiają się więc wątpliwości, czy zawartość tych dokumentów stanowi treść oferty czy służy jedynie potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień może polegać np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Przykładowo, jeśli brak jest oznaczenia modelu oferowanego urządzenia i model ten nie wynika z pozostałych informacji zawartych w ofercie, nie będzie dopuszczalne prowadzenie wyjaśnień mających na celu uzupełnienie tej informacji (tak wyr. KIO z 20.3.2017 r., KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17, Legalis). Również jakiegokolwiek uzupełnianie i zmiana informacji w ofercie dotyczących kryteriów oceny ofert będą w świetle komentowanego przepisu niedopuszczalne (tak wyr. KIO z 10.7.2020 r., KIO 865/20, Legalis).

Podobnie w przypadku niewskazania przez wykonawcę terminu płatności czy okresu gwarancji, jeśli zamawiający nie zastrzeże w dokumentach zamówienia, że brak tej informacji będzie skutkował przyjęciem określonej wartości, nie będzie podstaw do wyjaśnienia tej informacji. Skutkowałoby to bowiem wprowadzeniem do oferty nowego elementu zobowiązania, nieznanego pierwotnie. Niedozwolone będą wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie, chyba że możliwe byłoby przyjęcie innego parametru na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie. Ewentualne poprawienie takiej wartości może zostać dokonane na podstawie art. 223 ust. 2 p.z.p. jako inna omyłka, ale tylko przy spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie.

Zasadniczo jednak wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany oferty, a jedynie do wyjaśnienia wątpliwości, które powziął zamawiający. vide: Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Legalis 2021). Należy podkreślić, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty. Wszelkie wyjaśnienia czy poprawki mogą nastąpić jedynie na skutek działania zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. 15.4.2016 r. (KIO 471/16) podkreśliła, że w sytuacji gdy wykonawca oferuje przedmiot inny niż wyspecyfikowany przez producenta pod daną nazwą, to powinien w sposób wyczerpujący i wiarygodny opisać to w ofercie. W przeciwnym razie działania zamawiającego i wykonawcy podjęte po upływie terminu składania ofert mogą zostać uznane za negocjacje dotyczące złożonej oferty, a jest to niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 zd. 2 p.z.p. z 2004 r. – obecnie art. 223 ust. 1 p.z.p. (tak wyr. KIO z 15.4.2016 r., KIO 471/16).

## II . UZASADNIENIE PODSTAW DO WNIESIENIA ODWOŁANIA ORAZ INTERESU W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

Zgodnie z art. 513 p.z.p.:

odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Odwołanie przysługuje tylko na niezgodne z przepisami p.z.p. czynności (w tym na projektowane postanowienia umowy) lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie albo polegające na zaniechaniu jego przeprowadzenia lub zorganizowania konkursu. Zatem nie może stanowić samodzielnego zarzutu odwołania naruszenie przepisów odrębnych ustaw.

Przepisy te mogą być powołane jedynie w związku z naruszeniem określonych przepisów p.z.p.. Zaskarżeniu do Prezesa KIO podlegają zatem niezgodne z przepisami PZP czynności lub zaniechanie określonych czynności przez zamawiającego. Oznacza to, że nie mogą być kwestionowane odwołaniem działania zamawiającego naruszające przepisy odrębnych ustaw, a także niezgodne z przepisami p.z.p. działania wykonawcy, ale dopiero ich niewłaściwa ocena dokonana przez zamawiającego (niezgodna z p.z.p.).

W świetle art. 513 pkt 1 i 2 p.z.p. zaskarżeniu odwołaniem podlegają czynności podjęte lub zaniechane w toku postępowania o udzielenie zamówienia (tj. od wszczęcia postępowania aż do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy, przy czym zawarcie umowy nie stanowi czynności w postępowaniu – art. 7 pkt 18 p.z.p.), o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie. Zatem na podstawie tych przepisów odwołanie nie przysługuje na działania lub zaniechania zamawiającego podejmowane poza postępowaniem o udzielenie zamówienia, np. na zawarcie umowy.

W szczególności podstawą odwołania może być niezgodna z przepisami p.z.p. czynność odrzucenia wniosku albo oferty, wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawienia oferty, zmiany dokumentów zamówienia, wyboru pracy konkursowej.

Zarzuć zamawiającemu zaniechanie czynności może dotyczyć jedynie takiej, której wykonanie w świetle przepisów p.z.p. jest obowiązkiem zamawiającego, np. zaniechanie odrzucenia wniosku albo oferty w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek określonych odpowiednio w art. 146 ust. 1 i art. 226 ust. 1 p.z.p., wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w odpowiednich przypadkach, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 2 p.z.p., wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych w okolicznościach wskazanych w art. 128 ust. 1 p.z.p. (vide: Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Legalis 2021).

**W niniejszym postępowaniu zarzut dotyczy niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia ofert niezgodnych z warunkami zamówienia: ATELIER, TARECO, zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy niezgodnego z warunkami zamówienia - ATELIER oraz przeprowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty: ATELIER, TARECO, a zatem ustawowe przesłanki odwoławcze zostały spełnione.**

Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

**Odwołujący brał udział w niniejszym postępowaniu jako wykonawca, jest zatem uprawniona podmiotowo do złożenia odwołania do KIO.**

Krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej zawężony jest również przez określenie materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania, tj. interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Przesłanki te co prawda nie są przeszkodą do skierowania odwołania do rozpoznania. Ich niespełnienie nie skutkuje odrzuceniem odwołania, lecz jego oddaleniem bez konieczności merytorycznego rozpoznania.

Przepis art. 505 ust. 1 p.z.p wymaga wykazania się przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej interesem w uzyskaniu zamówienia. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, **w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzeczoną przez przepisy z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany.**

Interes ten powinien istnieć na datę wnoszenia odwołania, zatem – co do zasady – czynności zamawiającego dokonane po wniesieniu odwołania, nawet prowadzące do odpadnięcia tego interesu, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (zob. wyr. KIO z 14.1.2017 r., KIO 2443/16, niepubl.).(Ibidem).

**W przedmiotowej sprawie, gdyby Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę wykonawców ATELIER oraz TARECO, oraz nie unieważnił postępowania, to ofertą najkorzystniejszą była by oferta Odwołującego, a zatem ma ona bezpośredni interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.**

Wnoszący odwołanie powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 6 września 2024 r.

W związku z powyższym, stosowne odwołanie zostało złożone w terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p.

Mając na uwadze powyższe niniejsze odwołanie jest zasadne.

.....  
podpis odwołującego albo jego przedstawiciela lub  
przedstawicieli

Wykaz załączników:

- 1 ) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2 ) dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu,
- 3 ) dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego,
- 4 ) dowody:
  - 1 . SWZ na potwierdzenie wymagań Zamawiającego
  - 2 . pytania wraz z odpowiedziami Zamawiającego na potwierdzenie wskazania dokumentu obowiązującego jako opis przedmiotu zamówienia
  - 3 . dokument STWiOR na potwierdzenie wymagań produktowych Zamawiającego
  - 4a . korespondencja z Wykonawcą Atelier
  - 4b . korespondencja z Wykonawcą Taereco
  - 5a . odpis KRS spółki Atelier pobrany z rządowej strony internetowej <https://wyszukiwarka-krs.ms.gov.pl/>
  - 5b . odpis KRS spółki Solar-Expert pobrany z rządowej strony internetowej <https://wyszukiwarka-krs.ms.gov.pl/>

- 6 . Inne dowody powiązania spółek Atelier i Solar-Expert
- 7 . Oferta wykonawcy Atelier
- 8 . Oferta wykonawcy Tareco
- 9 . Uzasadnienie wyboru z dnia 14.08.2024 r.
- 10 . Zawiadomienie przedodwoławcze skierowane przez Odwołującego do Zamawiającego po dokonaniu przez niego nieprawidłowego wyboru
- 11 . Uzasadnienie unieważnienia wyboru z dnia 23.08.2024 r.
- 12 . Uzasadnienie unieważnienia postępowania z dnia 06.09.2024 r.
- 13 . Sprostowanie Zamawiającego umieszczone na stronie internetowej postępowania
- 14 . Odpowiedź Odwołującego na wystosowane "sprostowanie".