Sygn. akt: KIO 3406/20

POSTANOWIENIE

z dnia 18 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu w dniu 18 stycznia 2021 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 roku przez wykonawcę **Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pajęczno w Pajęcznie**

postanawia

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz **Sanito Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020), na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 3406/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pajęczno w Pajęcznie – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 304 instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej oraz 163 instalacji kolektorów słonecznych w ramach Projektu pn. „Odnawialne Źródła Energii w gminie Pajęczno”.

W dniu 21 grudnia 2020 roku wykonawca Sanito Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) niniejszym wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej również: „ogłoszenie o zamówieniu") oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „s.i.w.z.”) opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 11.12.2020 r., dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w tym treści wzoru umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy P.z.p. przepisów:

1.art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję ze względu określenie w rozdziale 1 ust. 1.6 pkt 1.6.1 ppkt „Wymagania dotyczące inwerterów” (str. 11- 14) Programu funkcjonalno-użytkowego, stanowiącego Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) - Część III s.i.w.z. (zwanego dalej również: „PFU”) wymogu, zgodnie z treścią którego wartości parametru mocy znamionowej dla poszczególnych instalacji mają być maksymalne „max.", tj.. nie większe niż wskazane, podczas gdy takie sfomułowanie postanowień PFU nie pozwala na zaoferowanie znacznie wydajniejszych urządzeń - co w konsekwencji doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

2.art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję ze względu na określenie w ramach § 2 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy w sprawie zamówienia publicznego - dla części nr 1 i nr 2 zamówienia (dalej zwanych również: „IPU"), rozdziału 4 ust. 4.1. s.i.w.z. oraz sekcji II ust. II.2.7) Ogłoszenia o zamówieniu terminu realizacji zamówienia na 31.05.2020 r. podczas, gdy termin ten ze względu na okoliczności sprawy jest niemożliwy do dotrzymania - co w konsekwencji doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

3.naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie terminu realizacji zamówienia, który ze względu na okoliczności sprawy jest niemożliwy do dotrzymania, a z drugiej strony nie może ulec zmianie z powodu braku zmiany umowy o dofinansowanie projektu przez instytucję finansującą (Urząd Marszałkowski), co w konsekwencji powoduje obarczenie postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy w sprawie zamówienia publicznego,

4.art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję ze względu na postawienie w rozdziale 1 ust. 1.6 pkt 1.6.1 ppkt „Wymagania dotyczące modułu fotowoltaicznego" tiret 5 i 6 PFU (str. nr 10) wymogów posiadania przez oferowane urządzenie współczynników temperaturowych mocy i napięcia o wartościach „max.", przez co takie sfomułowanie postanowień PFU nie pozwala na zaoferowanie znacznie wydajniejszych urządzeń - co w konsekwencji doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

5.art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję ze względu na określenie w formularzu ofertowym (stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZIDW) wyłącznie jednej pozycję dla dostawy i montażu instalacji fotowoltaicznei o mocy 3kW, bez rozróżnienia na instalację 1-fazowe bądź 3-fazowe, co ze względu na znaczne różnice ceny instalacji 1-fazowvch i 3-fazowvch będzie miało istotny wpływ na określenie ostatecznej ceny ofert - co w konsekwencji doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

6.art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz utrudniający uczciwą konkurencję ze względu na wskazanie, że Opis przedmiotu zamówienia stanowi PFU, będący dokumentem występującym w przypadku postępowań na roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj", podczas gdy przedmiotem zamówienia są objęte dostawy wraz z montażem, przy jednoczesnym braku dołączenia do Opisu przedmiotu zamówienia dokumentów uzupełniających PFU i niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia objętego przedmiotem postępowania tj. dostaw wraz z montażem) - co w konsekwencji wskazuje na dokonanie opisu przedmiot zamówienia w sposób nie określający w pełni zadań objętych realizacją przedmiotowego zamówienia oraz doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

7.art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję ze względu na wskazanie w rozdziale 3 ust. 3.4. s.i.w.z. zaleceń dokonania przed złożeniem oferty wizji lokalnej terenu objętego przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym braku podania adresów lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia lub umożliwienia w inny sposób przeprowadzenia wizji lokalnej - co w konsekwencji wskazuje na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny oraz co doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

8.art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję ze względu na zawarcie w ramach § 3 ust. 2 oraz § 3 ust. 3 IPU zobowiązania wykonawcy do zrzeczenia się dodatkowych kosztów lub dochodzenia roszczeń od zamawiającego w przypadku zmiany zakresu umowy, podczas gdy wykonawca nie będzie mógł uprzednio zapoznać się z terenem realizacji przyszłego zamówienia, jak również nie będzie mógł zapoznać się z dokładnym zakresem prac oraz warunkami technicznymi - co w konsekwencji wskazuje na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, a wręcz wewnętrznie sprzeczny oraz co doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu, zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

9.art. 29 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję ze względu na zawarcie w ramach rozdziału 7 ust. 7.7. pkt 7.7.2.1. SIWZ IDW wymogu dołączenia certyfikatów, pełnych raportów z badań oraz kart katalogowych potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z norma PN-EN ISO 9806 lub równoważna, przy jednoczesnym postawieniu w ramach rozdziału 1 ust. 1.6. pkt 2 (str. 17ł PFU obowiązku przedstawienia certyfikatu potwierdzającego zgodność oferowanych urządzeń z norma PN-EN 12975-1 lub równoważna, przy jednoczesnym zaniechaniu określenia przez zamawiającego czy parametry zgodności mają odnosić się do powierzchni czynnej (według normy PN-EN 12975-11 czy do powierzchni brutto (według normy PN-EN ISO 9806) - co w konsekwencji wskazuje na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, a wręcz wewnętrznie sprzeczny oraz co doprowadziło do postawienia w zakresie przedmiotu zamówienia wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a zatem będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

- oraz innych przepisów prawa wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 stycznia 2021 roku zamawiający wniósł o:

1)oddalenie odwołania w całości ze wskazaniem na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. (brak legitymacji czynnej),

2)zasądzenia kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą w wysokości 3 600 zł 00 gr, zgodnie z przedstawioną fakturą.

W wypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, zamawiający oświadczył, że uznaje słuszność odwołania i uznaje częściowo odwołanie z dnia 21 grudnia 2020 roku w zakresie zarzutu czwartego, piątego, ósmego i dziewiątego.

Jednocześnie zamawiający oświadczył, że dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Odwołujący na posiedzeniu jawnym z udziałem stron w dniu 18 stycznia 2021 roku cofnął zarzuty w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden inny wykonawca.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 186 ust. 3a. ustawy Pz.p. stanowi, iż w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości uwzględnienia odwołania pod warunkiem zaistnienia innych okoliczności. W związku z tym oraz z faktem, że – zgodnie z oświadczeniem zamawiającego – dokonał on już modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, częściowe uwzględnienie zarzutów nie budzi wątpliwości.

Tym samym stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w części zarzutów podniesionych w odwołaniu, cofnięcia przez odwołującego pozostałych zarzutów, jak i okoliczności, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3a ustawy P.z.p.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy P.z.p., orzekając o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……