

Sygn. akt: KIO 880/20

WYROK

z dnia 30 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2020 roku przez wykonawcę Ekoserwis Bp Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Al. Tysiąclecia 20/1 21-500 Biała Podlaska w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Sejneński, Starostwo Powiatowe w Sejnach ul. 1 Maja 1 16-500 Sejny

przy udziale wykonawcy P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Red Alert P. B. ul. Wyzwolenia 129 20-368 Lublin zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 880/20 po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Ekoserwis Bp Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Al. Tysiąclecia 20/1 21-500 Biała Podlaska i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Ekoserwis Bp Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Al. Tysiąclecia 20/1 21-500 Biała Podlaska na rzecz zamawiającego Powiat Sejneński, Starostwo Powiatowe w Sejnach ul. 1 Maja 1 16-500 Sejny kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.7

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 880/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Sejneński prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie

Powiatu Sejneńskiego w ramach projektu Dostawa i montaż instalacji OZE dla obiektów użyteczności publicznych na terenie Powiatu Sejneńskiego” zwane dalej „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 marca 2020 r. pod numerem 527163-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

W dniu 24 kwietnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Ekoserwis Bp Sp. z o.o. z siedzibą w Białej Podlaskiej (zwanego dalej Odwołujący).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) nieprawidłowe przyznanie punktacji w kryterium: Moduły o współczynniku temperatury mocy Pmax (ozn. w tabeli moduły 2);
- 2) brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i w konsekwencji naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Powiatu Sejneńskiego w ramach projektu „Dostawa i montaż instalacji OZE dla obiektów użyteczności publicznych na terenie Powiatu Sejneńskiego” lub jego unieważnienie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego Postępowania, zamawiający określił kryterium ceny (rozdz. XIII pkt. 4, str. 10-12) WT— współczynnik temperaturowy mocy modułów [WT]10% (max. 10 pkt) i zapisał, że: WT - liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „współczynnik temperaturowy mocy Pmax” gdzie punkty wyliczane są wg następujących zasad:

- współczynnik Pmax o wartości równej „- 0,36 %/°C” lub większy - 0 pkt,
- współczynnik Pmax o wartości „- 0,35 0%/°C” lub mniejszy - 10 pkt.

Na początek należy stwierdzić, że matematycznie ppkt a) i b) wzajemnie się wykluczają, bo: liczba - 0,35 jest większa od liczby - 0,36, a tym samym liczba - 0,36 jest mniejsza od liczby - 0,35. Tak więc według ppkt a) współczynnik o wartości - 0,35 %/°C powinien mieć przyznane 0 pkt bo - 0,35 > - 0,36, natomiast według ppkt b) powinien mieć przyznane 10 pkt .

Analogicznie, współczynnik o wartości - 0,36 %/°C według ppkt a) powinien mieć przyznane 0 pkt, a według ppkt b) powinien mieć przyznane 10 pkt, bo - 0,36 < -0,35. Tymczasem, przy wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający nieprawidłowo przyznał za ww. kryterium następującą punktację:

- za współczynnik o wartości - 0,35%/°C — 10 pkt (uzasadnienie wyżej)
- za współczynnik o wartości - 0,29 %/°C (Ciepły Dom sp. z o. o.) 10 pkt, kiedy - 0,29 > - 0,36, więc powinno być 0 pkt
- za współczynnik o wartości - 0,34 %/°C (4 Technology sp. z o. o.) - 10 pkt, kiedy

- 0,34 > -0,36, więc powinno być 0 pkt.

Ponadto wyniki w podpunktach a i b nakładają się na siebie, istnieje zbiór wspólny.

Reasumując należy stwierdzić, że:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający nieprawidłowo przyznał za kryterium:

Moduły o współczynniku temperatury mocy Pmax (ozn. w tabeli moduły 2) punktację:

- za współczynnik o wartości - 0,29 %/°C (Oferta nr 3) — 10 pkt, a wg zapisanego kryterium powinno być 0 pkt,
- za współczynnik o wartości - 0,34 %/°C (Oferta nr 11 - 4) — 10 pkt, a wg zapisanego kryterium powinno być 0 pkt.

2. Zgodnie z przyjętym kryterium współczynnik Pmax o wartości równej - 0,35 mieści się w dwóch kryteriach, zatem wszystkie oferty mogłyby dostać za to kryterium zarówno 0 pkt jak i 10 pkt. Jednocześnie zgodnie z przyjętym kryterium oferta nr 3 i oferta nr 11 powinna mieć 0 pkt.

Inaczej mówiąc występuje tu kryterium oceny pozwalające na zastosowanie niejednolitego wzorca oceny liczenia punktów. Powyższe prowadzi do wniosku, że zachodzi co najmniej jedna z przesłanek uzasadniających unieważnienie niniejszego postępowania np. określona z art. 93 ust. 1 pkt. 7. Wielokrotnie art. 93 ust. 1 pkt. 7 był przedmiotem interpretacji zespołów arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych.

Szczególnie warto zwrócić uwagę na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 6 lutego 2006 r. (UZP/ZO/0-286/06), którego teza brzmi następująco: „Jeżeli w wyniku spełnienia wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia można zaoferować towar niespełniający wymagań Zamawiającego, a tym samym towar dla niego nieprzydatny (czego potwierdzeniem jest przyznanie 10 - pkt. ofertom nr 3 i nr 11), to podstawą prawną unieważnienia postępowania jest przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, ponieważ postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.” W rozstrzyganej sprawie zamawiający na skutek niedokładnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ, byłby zobowiązany do zawarcia umowy na towar dla niego nieprzydatny. Obowiązkiem zamawiającego jest w takiej sytuacji niedopuszczenie do zawarcia takiej umowy, czyli unieważnienie przetargu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt. 7

Do postępowania odwoławczego 28 kwietnia 2020 zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca P. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Red Alert P. B. w Lublinie (dalej Przystępujący).

Dnia 5 maja 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania. Ponadto zamawiający przedstawił swoje stanowisko w zakresie sposobu przyznawania punktacji kwestionowanej przez odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, iż w Rozdziale XIII pkt 2 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającym opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert wskazano:

„WT- współczynnik temperaturowy mocy modułów (WT) 10% (max. 10 pkt).

WT- liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „ współczynnik temperaturowy mocy P max” gdzie punkty wyliczane są wg następujących zasad:

- a) współczynnik Pmax o wartości równej „ -0,36 %/°C” lub większy -0 pkt,
- b) współczynnik Pmax o wartości „-0,35 %/°C” lub mniejszy-10 pkt.

Jeżeli współczynnik temperaturowy mocy Pmax będzie podany w wartości do 3 cyfr

po przecinku to do oceny Zamawiający zaokrągli wartość współczynnika do 2 cyfr

po przecinku.

Przyjęte kryterium, wbrew twierdzeniom odwołującego, opisane zostało w sposób właściwy. Po zapoznaniu się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia żaden z wykonawców nie zwracał się w zakresie opisanego wyżej kryterium o udzielenie wyjaśnień, nie zgłaszał również zapytań, czy też jakichkolwiek wątpliwości.

Zamawiający przywołał opinię autora projektu instalacji fotowoltaicznej, zgodnie z którą: „Współczynnik temperaturowy mocy określa spadek mocy modułu w funkcji temperatury i zgodnie z definicją, oznacza obniżenie mocy modułu w procentach na stopień Celsjusza podwyższenia temperatury modułu. Im niższy temperaturowy współczynnik mocy wyrażony w $\%/^{\circ}\text{C}$, tym wydajność modułu fotowoltaicznego będzie większa.

Zważywszy na powyższą definicję współczynnika temperaturowego mocy, jasnym jest dla profesjonalistów branży fotowoltaicznej, do których skierowane było postępowanie przetargowe, że znak minus przy współczynniku oznacza tyle, że przy wzroście temperatury następuje obniżenie/utrata mocy modułu. Tak więc nieuprawnione jest twierdzenie, że wartość współczynnika mocy należy traktować jako liczbę w rozumieniu wartości matematycznej. Wartość współczynnika jest wartością fizyczną mającą określoną jednostkę miary tj. $\%/^{\circ}\text{C}$. Tak więc obniżenie mocy modułu dla współczynnika $-0,36\%/^{\circ}\text{C}$ będzie większe niż obniżenie mocy modułu dla współczynnika $-0,35\%/^{\circ}\text{C}$. Bezsprzecznym jest, że współczynnik $-0,36\%/^{\circ}\text{C}$ oznacza obniżenie mocy modułu o $0,36\%$ na 1°C podwyższenia jego temperatury a współczynnik $-0,35\%/^{\circ}\text{C}$ oznacza obniżenie mocy modułu o $0,35\%$ na 1°C podwyższenia jego temperatury. Znak minus we współczynniku oznacza jedynie to, że każda wartość współczynnika określa utratę mocy, tym większą im większy jest procent zmiany w odniesieniu na stopień Celsjusza. Analizując dalej, im mniejszy procent obniżenia mocy modułu w funkcji temperatury, tym wydajność modułu jest większa, a co za tym idzie moduł jest lepszy/wydajniejszy, produkuje więcej energii. Z tego jasno wynika, że współczynnik $-0,36\%/^{\circ}\text{C}$ jest większy (określający większą utratę mocy modułu w funkcji temperatury) niż współczynnik $-0,35\%/^{\circ}\text{C}$ (określający mniejszą utratę mocy modułu w funkcji temperatury). Analogicznie należy traktować słowa „lub większy” w kryterium ocen oznaczający wprost współczynnik $-0,37\%/^{\circ}\text{C}$, $-0,38\%/^{\circ}\text{C}$ itd. i słowa „lub mniejszy” oznaczający wprost współczynnik $-0,34\%/^{\circ}\text{C}$, $-0,33\%/^{\circ}\text{C}$ itd. Stąd też bezsprzecznym jest, że kryterium zostało określone prawidłowo i odzwierciedla wymagania Zamawiającego dotyczące jakości proponowanych materiałów, w tym przypadku modułów fotowoltaicznych. ”

Dokonując oceny ofert w zakresie współczynnika temperaturowego mocy Zamawiający wszystkim ofertom wskazującym współczynnik (oferty nr 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 lub mniejszy - oferta nr 3 ; oferta nr 11) prawidłowo zatem przyznał 10 pkt. Tym samym, zarzut odwołującego w tym zakresie jest nieuzasadniony.

Postępowanie nie jest zatem obciążone wadą określoną w art. 93 ust. 1 pkt 7 nakładającą na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania.

Najkorzystniejsza oferta nr 7 (100 pkt) wykonawcy- Red Alert P. B. z ceną brutto - 397 905 zł. (najniższą) za którą przyznano 60 pkt, wskazywała współczynnik temperatury mocy P_{max} - $0,35\%/^{\circ}\text{C}$ za który otrzymała 10 pkt, okres gwarancji udzielonej na wykonany przedmiot zamówienia z wyłączeniem falowników (10 lat)- 10 pkt., okres gwarancji na falowniki (12 lat) - 10 pkt oraz moduły o współczynniku wypełnienia (-70%) 10 pkt. ,wybrana została zgodnie z art. 91 ust.1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego

po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, w ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego przyznania punktacji w kryterium: Moduły o współczynniku temperatury mocy Pmax i w konsekwencji naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający ustanowił następujący sposób przyznania punktacji w ramach tego kryterium:

WT - współczynnik temperaturowy mocy modułów [WT] 10% (max. 10 pkt)

WT - liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „współczynnik temperaturowy mocy Pmax” gdzie punkty wyliczane są wg następujących zasad:

- a) współczynnik Pmax o wartości równej „- 0,36 %/°C” lub większy - 0 pkt,
- b) współczynnik Pmax o wartości „- 0,35 %/°C” lub mniejszy - 10 pkt.

Jeżeli współczynnik temperaturowy mocy Pmax będzie podany w wartości do 3 cyfr po przecinku to do oceny Zamawiający zaokrągli wartość współczynnika do 2 cyfr po przecinku.

W postępowaniu złożono 13 ofert, w których zaoferowano moduły o współczynniku temperaturowym - 0,35%/°C, - 0,34%/°C, -0,29%/°C za które Zamawiający przyznał po 10 pkt.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;

- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Istotą sporu w niniejszym odwołaniu jest ustalenie, jaka wartość współczynnika temperaturowego należy do katalogu większy od „- 0,36%/°C”, a jaka do katalogu mniejszy od „-0,35 %/°C”, oraz czy zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z kryterium temperaturowym określonym w SIWZ.

Po analizie materiału zgromadzonego w sprawie, przede wszystkim opinii autora projektu instalacji fotowoltaicznej, w ocenie Izby Odwołujący nieprawidłowo utożsamia wskaźniki temperatury z liczbami matematycznymi, w oderwaniu od jednostki w jakiej wskaźnik został wyrażony, twierdząc że liczba - 0,35 jest większa od liczby - 0,36, a tym samym liczba - 0,36 jest mniejsza od liczby - 0,35. Zdaniem Odwołującego za współczynnik o wartości - 0,35 %/°C wykonawca powinien otrzymać 0 pkt bo - 0,35 > - 0,36, natomiast za współczynnik o wartości - 0,36 %/°C powinien otrzymać 10 pkt, bo - 0,36 < - 0,35.

Zdaniem Izby powyższy zarzut należy uznać chybyony.

Przede wszystkim wskazać należy, że wskaźnika temperaturowego wyrażonego w - ...%/°C nie należy utożsamiać z liczbami matematycznymi. Wartości wyrażone wskaźnikiem określonym przez Zamawiającego w SIWZ oznaczają obniżoną moc modułu, co ma przełożenie na przyznawaną ilość punktów. Za wartość oznaczającą mniejszą sprawność, wyrażoną wskaźnikiem: -0,36%/°C lub -0,37%/°C lub -0,38%/°C itd. Zamawiający przyzna 0 pkt, natomiast za wartość oznaczoną wskaźnikiem: -0,35%/°C lub -0,34%/°C lub - 0,33%/°C itd. Zamawiający przyzna 10 pkt, ponieważ urządzenia o takich wskaźnikach temperaturowych mają wyższą sprawność. Ma to jednocześnie bezpośrednie przełożenie na cenę modułów, bowiem te, o wyższej sprawności są droższe od tych o niższej sprawności. Zależność taką potwierdza dowód złożony przez Odwołującego, wskazujący, że system fotowoltaiczny o mniejszej sprawności jest tańszy od systemu o wyższej sprawności. Dowód ten, w ocenie Izby stanowi również potwierdzenie co do prawidłowości przyjętych przez Zamawiającego zasad przyznawania punktów w kryterium Pmax.

Wskazać należy że zarzut, iż Zamawiający przyznał nieprawidłowo punkty w ramach ww. kryterium jest nieuzasadniony.

Każdy z wykonawców zaoferował urządzenia o współczynniku Pmax należącym do przedziału wartości równej -0,35/°C, lub mniejszy, dlatego zgodnie z SIWZ każdy otrzymał w ramach tego kryterium 10 pkt.

Reasumując, zarzut należy uznać za niezasadny.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutu braku unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt. 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, żadnego dowodu wskazującego że wystąpiły okoliczności skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania, a dokumentacja postępowania nie potwierdza wystąpienia żadnej z okoliczności, do której odnosi się art. 93 ust. 1 pkt 7.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w przedmiotowym postępowaniu można zaoferować towar niespełniający wymagań Zamawiającego, czyli nieprzydatny, któremu przyznano 10 pkt w ramach kryterium Pmax (oferta 3 i 11), co stanowi podstawę unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby, powyższe oferty w ramach kryterium Pmax, zostały oceniane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Podczas rozprawy Odwołujący podniósł dodatkowo, że Zamawiający nieprawidłowo posłużył się określeniem mniejszy/większy w stosunku do współczynnika temperaturowego, natomiast prawidłowym określeniem winno być posłużenie się zwrotami niższy/wyższy temperaturowy współczynnik mocy, ponieważ takie określenie ma również przełożenie na wskazanie prawidłowego określenia utraty mocy modułu w funkcji temperatury, gdzie wyższy współczynnik określa większą utratę mocy w funkcji temperatury i odwrotnie.

Izba wskazuje że zarzut ten nie został podniesiony w odwołaniu, zatem nie został rozpoznany przez Izbę, ponieważ zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto dotyczy on postanowień SIWZ i zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp winien był wniesiony w terminie właściwym na składanie odwołania wobec postanowień SIWZ.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: