Sygn. akt: KIO 2972/22

WYROK

z dnia 24 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa
Aldona Karpińska

Protokolant:

---

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2022 roku przez wykonawcę FlexiPower Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Mstów przy udziale wykonawców: K. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BEST ENERGY oraz P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ŚWIAT OZE, prowadzących wspólnie spółkę cywilną pod nazwą EKO-ON S.C. K. G., P. W. w Krakowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO 2972/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego FlexiPower Group Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kudrowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2972/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Mstów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii na obszarze Gminy Mstów postępowanie w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Numer referencyjny: IZP.271.1.9.2022, zwane dalej Postępowaniem.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie ustawy

z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm. z późn.zm.) Prawo zamówień publicznych, dalej jako Pzp lub ustawa Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00255835/01 z dnia 2022-07-14.

W dniu 9 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Kudrowicach zwanego dalej Odwołującym, wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty ECO-ON S.C. K. G., P. W. prowadzonej przez K. G. Best Energy P. W. Świat OZE jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu przy uwzględnieniu w badaniu ofert oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na tej podstawie, że Wykonawca zaoferował inwerter fotowoltaiczny niespełniający minimalnego wymogu przewidzianego w załączniku nr 9 do SWZ w postaci zakres napięcia MPPT nie mniejszego jak 140-560V (dopuszczalne rozszerzenie) podczas gdy inwerter zaoferowany na potrzeby postępowania nie tylko spełnia minimalne wymogi przewidziane SWZ, ale również prezentuje parametry lepsze niż minimalne wymagane przez Zamawiającego,

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 4 listopada 2022 r.

wyboru najkorzystniejszej oferty ECO-ON S.C. K. G., P. W. prowadzonej przez K. G. Best Energy P. W. Świat OZE,

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty FlexiPower

Group sp. z o.o. sp.k. z dnia 4 listopada 2022 r.

4) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenie badania ofert

z uwzględnieniem oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.,

nadto, wniósł o:

5) orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,

6) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

7) zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia pn. Budowa instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii na obszarze Gminy Mstów - postępowanie w formule ‘zaprojektuj i wybuduj'.

W dniu 4 listopada 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że FlexiPower Group sp. z o.o. zaoferowała zgodnie z przedłożoną wraz z ofertą kartą katalogową inwerter fotowoltaiczny (BNT003KTL produkcji firmy Afore) o zakresie napięcia MPPT 150 -1000 V, co zdaniem Zamawiającego stanowiło ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia albowiem w załączniku nr 9 do SWZ pn. Minimalne

parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi w odniesieniu do instalacji 3-fazowych (3,30-3,375 kWp) przewidziano zakres napięcia MPPT „nie mniejszy jak 140-560V dopuszczalne rozszerzenie". Należy również zwrócić uwagę, iż na dokładnie tej samej podstawie faktycznej i prawnej Zamawiający odrzucił oferty trzech innych wykonawców, który zaproponował inwerter, o którym była mowa powyżej.

Należy również zwrócić uwagę, iż na dokładnie tej samej podstawie faktycznej i prawnej Zamawiający odrzucił oferty trzech innych wykonawców, który zaproponował inwerter, o którym była mowa powyżej.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż w istocie zaproponowany przez FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. falownik posiada zakres napięć 150V-1000V, więc posiada nawet lepszy, gdyż szerszy zakres napięć niż minimalny jaki był wymagany przez Zamawiającego w rozumieniu Wykonawcy tym bardziej, iż wprowadzono zapis wskazujący na dopuszczenie rozszerzenia zakresu. Zaproponowany szerszy zakres napięć jest parametrem lepszym niż minimalny przez elastyczność doboru ilości modułów do instalacji, a Zamawiający dopuścił rozszerzenie zakresów nie określając wartości minimalnych oraz maksymalnych zakresów. Zgodnie z załącznikiem nr 9 Zamawiający wymaga zakresu równego 420V (560-140) natomiast oferowany przez Odwołującą się zakres napięć to 850V (1000-150).

Zgodnie z wymogami Zamawiającego zakres napięć 140-560V można interpretować jako wartości graniczne dla parametru napięcia MPPT w przedziale dolnym (140 V) i górnym (560 V), Żaden z dokumentów składających się na dokumentację postępowania nie zawiera jednak jakichkolwiek jednoznacznych wytycznych, które nakazywałyby intepretować ten zapis w następujący sposób :

- zakres dolny napięcia MPPT ma być równy 140 V,

- zakres górny napięcia MPPT ma być równy 560 V.

Zakresowe określenie tych wartości jako swoistego minimum prowadziło wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym odwołującą się do zgoła innych wniosków tj. że wartość 140 V to minimalny zakres napięcia MPPT przy jakim pracuje urządzenie, zaś niedopuszczalne są urządzenia, których zakres pracy poza tę granicę wykracza (czyli np. gdyby zakres ten był określony na poziomie (120V-500 V). Przedmiot oferty Odwołującej mieści się w przedmiotowym zakresie tj. 150 V - 1000 V

Z punktu widzenia przyjętej podstawy odrzucenia oferty - art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p - należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest, ażeby Zamawiający, który z takiego uprawnienia korzysta, wskazał na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Uzasadnienie zaprezentowane przez Zamawiającego nie jest jednak logiczne i pozostaje w sprzeczności z treścią SWZ.
Nie istniała zatem i nie istnieje podstawa do odrzucenia oferty Odwołującej się z powodu zaoferowania inwertera o zakresie napięć 150-1000 V.

Konsekwencją powyższych okoliczności jest fakt, że oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie podlegała odrzuceniu, co czyni w konsekwencji niezgodną z ustawą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. jako dokonaną z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 Pzp

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł jak w petitum odwołania.

W dniu 14 listopada 2022 r. do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy: K. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BEST ENERGY oraz P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ŚWIAT OZE, prowadzący wspólnie spółkę cywilną pod nazwą EKO-ON S.C. K. G., P. W. w Krakowie, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. 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. 505 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 za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

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 zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu 2, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na tej podstawie, że Wykonawca zaoferował inwerter fotowoltaiczny niespełniający minimalnego wymogu przewidzianego w załączniku nr 9 do SWZ w postaci zakresu napięcia MPPT nie mniejszego jak 140-560V (dopuszczalne rozszerzenie) podczas gdy inwerter zaoferowany na potrzeby postępowania nie tylko spełnia minimalne wymogi przewidziane SWZ, ale również prezentuje parametry lepsze niż minimalne wymagane przez Zamawiającego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

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

W treści SWZ Zamawiający postawił wymóg dla instalacji 3-fazowych (instalacja 3,30-3,375 kWp) w zakresie napięcia MPPT, określając wymagany parametr jako: nie mniejszy jak 140 - 560V dopuszczalne rozszerzenie.

Odwołujący zaoferował inwerter z zakresem napięcia MPPT 150 - 1000 Volt, tj. nie spełniający min. wymagania co do wymaganego zakresu.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, co do sposobu rozumienia dopuszczalnego zakresu napięcia dla wymaganego inwertera.

Argumentacja Odwołującego zmierza do próby wykazania, że wymóg dotyczący min.

wymaganego zakresu, wynosi 420V (tj. 560V - 140V = 420V) z możliwością rozszerzenia, przez co zaoferowanie inwertera o zakresie napięcia MPPT 150V - 1000V, pozostaje w zgodzie w warunkami zamówienia, ponieważ 1000-150 daje 850, co jest zakresem większym i lepszym, niż wymagany przez Zamawiającego.

Powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim podkreślić należy, że Zamawiający nigdzie w treści SWZ nie odnosił się do wymaganego napięcia MPPT jako wartości 420 V jak próbuje wykazać to Odwołujący, lecz wskazał zakres jako parametr techniczny, którym posługują się producenci, określając wartość dolną i górną, tj. 140-560V z możliwością rozszerzenia. Spełnienie powyższego parametru stanowiło o zgodności oferty z warunkami zamówienia, czemu Odwołujący nie sprostał. Dopuszczenie rozszerzenia odnosiło się do takiego zakresu napięcia, które w całości będzie mieściło się w ramach minimalnego zakresu wskazanego w dokumentacji zamówienia. A zatem za dopuszczalne rozszerzenie zostanie uznane napięcie o zakresie np: 130V-600V, ale nie będzie uznane za dopuszczalne napięcie o zakresie np. 150V-600V, bowiem nie będzie ono mieściło się w całości w zakresie wymaganym przez Zamawiającego napięcia, jako parametru minimalnego.

Odwołujący stawia zarzut, wyłącznie w oparciu o nieistniejące wymagania techniczne, które w sposób nieuzasadniony wyinterpretował z treści dokumentacji, a nie na podstawie faktycznych wymagań Zamawiającego. Następnie próbuje wykazać, że jego oferta jest zgodna z treścią nieistniejącego w dokumentacji zamówienia wymogu, a Zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby, powyższa argumentacja jest całkowicie niezasadna i nie może zostać uwzględniona.

Złożone podczas rozprawy przez Odwołującego dowody nie mają znaczenia dla sprawy. Opinia techniczna jest dokumentem prywatnym, który stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która go podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Dokument taki nie korzysta z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Ponadto autor opinii oparł się w niej również, tak jak Odwołujący na błędnym założeniu, które nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji zamówienia, że wymagany, minimalny parametr zakresu napięcia MPPT wynosi 420V z możliwością rozszerzenia.

Dowody w postaci dokumentacji z innych postępowań są również bez znaczenia dla sprawy, ponieważ nie odnoszą się do parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego i dotyczą innych stanów faktycznych niż oceniany.

Wobec powyższego zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ust 1 i 2 Pzp (zarzut 1) poprzez

dokonanie wyboru oferty ECO-ON S.C. K. G., P. W. prowadzonej przez K. G. Best Energy P.

W. Świat OZE jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu przy uwzględnieniu w badaniu ofert

oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

Zgodnie z art. 239 ust 1 i 2 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta

z najniższą ceną lub kosztem. Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wykazał, aby Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej, kierował się innymi kryteriami oceny ofert innymi niż określonymi w dokumentacji zamówienia. Nie wykazał również, że oferta najkorzystniejsza narusza zasadę najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu. Wobec powyższego, zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....