

WYROK

Warszawa, dnia 29 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 25 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2024 r.

przez wykonawcę Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwa Budownictwa Społecznego Spółka z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej na rzecz wykonawcy Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

- Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „zamawiający”) prowadzi,

na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej i pompy ciepła dla budynku przy ul. 1 Maja 218 w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu

pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach użyteczności publicznej w Rudzie Śląskiej, znak sprawy TIR/08/D/TP/2024 (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej niższej od progów unijnych,

o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00411047/01.

W dniu 4 października 2024 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o unieważnieniu postępowania.

W dniu 9 października 2024 r. przez wykonawcę Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „odwołujący” lub „Solar Square”) zostało wniesione odwołanie

na czynności podjęte przez zamawiającego polegające na unieważnieniu postępowania

o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że postępowanie obciążone jest niemożliwością

do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego, z naruszeniem art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy postępowanie nie jest w żaden

sposób obarczone wadą i nie istnieje podstawa do unieważnienia tego postępowania.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący wskazał, że w postępowaniu nie zaistniały przesłanki dotyczące podstawy do unieważnienia postępowania z powodu wskazanego przez zamawiającego tj. opisane w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego nie można bowiem mówić o jakiegokolwiek „wadzie” postępowania, a czynność dokonana przez zamawiającego, polegająca na unieważnieniu postępowania jest czynnością pozorną.

Zwrócił uwagę na to, co zamawiający przedstawił w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania. Jako kluczowe przytoczył dwie okoliczności wskazane przez zamawiającego:

na str. 4 Informacji o unieważnieniu postępowania: „Zatem po terminie otwarcia ofert Zamawiający przeprowadził również stosowne wyliczenia, aby sprawdzić czy pozostałe elementy systemu przedstawiane w ofertach są właściwe dla zastosowanych w ofertach urządzeń” oraz na str. 5: „Z obliczeń wynika, że minimalne wartości inwertera wskazane przez projektanta są błędne, gdyż wynik wskazanych obliczeń nie mieści się w zakresie minimalnym w większości ofert”.

Powyższe wskazuje, że zamawiający podjął zupełnie odwrotną czynność, niż powinien, tj. na podstawie niezgodności oferowanych rozwiązań z wymogami zamawiającego stwierdził, że mamy do czynienia z wadą postępowania. Zamawiający przyjął zatem, że absolutnie wszystkie oferty musiałyby być zgodne z warunkami zamówienia, żeby nie było możliwości unieważnienia postępowania z uwagi na „wadę” postępowania.

Taki tok myślenia jest w ocenie odwołującego nie tylko błędny, ale również niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający powinien bowiem „nałożyć” treść oferty złożonej w postępowaniu na treść warunków zamówienia - i na tej podstawie ocenić, czy oferta spełnia te wymogi, czy ich nie spełnia.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający dokonał takiego „nałożenia” i stwierdził, że skoro część ofert nie spełnia określonych przez niego wymogów, oznacza to, że istnieje „wada” postępowania skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania. Sam zamawiający w treści unieważnienia postępowania wskazał przecież, że część ofert spełnia wszystkie wymogi określone przez zamawiającego. Nie można w takiej sytuacji mówić o „wadzie” postępowania.

Ofertą, która spełnia wszystkie wymogi wskazane w dokumentach zamówienia jest oferta odwołującego. W ofercie odwołującego został wskazany inwerter o mocy wyjściowej 15kW. Skoro więc: (1) dopuszczalna moc inwertera wg wskazanego stosunku miała wynosić od 85% do 105% mocy generatora PV; (2) w ofercie odwołującego wskazano liczbę zastosowanych w instalacji paneli, przemnażając ją przez moc pojedynczego panelu otrzymujemy moc generatora PV = 16,97 kWp; (3) skoro stosunek był określony w sposób od 85% do 105%, to przedział mocy dopuszczalnej do zastosowania mocy inwertera winien mieścić się w przedziale od 14,42 kW do 17,81 kW.

Oznacza to, że odwołujący zaproponował inwerter o mocy mieszczącej się w tym przedziale (15 kW jest większe od 14,42 kW, ale mniejsze od 17,81 kW). Innymi słowy

- jak najbardziej możliwe było zaoferowanie rozwiązania, zgodnego z wymogami określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Nie można zatem mówić o „wadzie” postępowania w sytuacji, w której istnieje możliwość zaoferowania rozwiązania spełniającego warunki zamówienia określone w dokumentach zamówienia, ale część ofert została przygotowana w sposób nieprawidłowy i oferuje rozwiązania niespełniające tychże warunków.

Odwołujący przypomniał, że unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest wykazać, że: (i) zaistniała wada postępowania, tj. miało miejsce naruszenie przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, (ii) wada ma charakter nieusuwalny, (iii) na skutek zaistniałej wady postępowania nie ma możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (związek przyczynowo - skutkowy) - konieczne jest wykazanie, że umowa będzie podlegać unieważnieniu, w tym wskazanie podstawy prawnej unieważnienia. Jednocześnie przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące na konieczność spełnienia wszystkich przesłanek opisanych w tym przepisie - wyrok KIO z 17 marca 2023 r., sygn. akt KIO 562/23.

W ocenie odwołującego, zamawiający swoim działaniem próbuje doprowadzić do sytuacji, w której nie będzie odrzucał ofert niezgodnych z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tylko unieważni postępowanie. Taka czynność zamawiającego jest jednak nieuprawniona. Przywołał orzeczenia KIO, w których orzekano w podobnych okolicznościach faktycznych - wyrok KIO z dnia 11 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1193/23; wyrok KIO z dnia 3 marca 2023 r., sygn. akt KIO 425/23).

Wywodził, że w niniejszym postępowaniu zamawiający wskazał, że mógł w inny sposób dokonać opisu

przedmiotu zamówienia i w ten sposób, być może, część złożonych ofert w postępowaniu spełniałyby warunki określone przez zamawiającego. Przyjęcie takiej argumentacji byłoby jednak absurdalne - prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której to zamawiający musiałby się dostosować do treści składanych ofert. Zgodnie z przepisami Pzp sytuacja powinna być jednak odwrotna, to wykonawcy składający ofertę mają zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami warunków zamówienia - inaczej oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Argumentował,

za orzeczeniem KIO z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 353/23, że nieprawidłowości zauważone przez zamawiającego nie stanowią wad, które uzasadniają unieważnienie postępowania, gdyż nieprawidłowości te nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy. Wskazywał, że być może zamawiający rzeczywiście, po ponownym przeanalizowaniu swoich potrzeb uznał, że mógł opisać przedmiot zamówienia w sposób trochę lepiej odpowiadający tym potrzebom. Nie jest to jednak żadna wada postępowania, a rezultat niedoskonałości procesu weryfikacji swoich potrzeb przez zamawiającego.

Przedmiot zamówienia został opisany w opisie przedmiotu zamówienia tak, że nie budził on specjalnych wątpliwości wykonawców. Świadczy o tym m.in. brak pytań w tym zakresie zgłoszonych przez wykonawców. Zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego, nie tylko oferta złożona przez niego spełniałaby warunki zamówienia, co do których zamawiający ma wątpliwości - inwerter spełniający techniczne wymogi zamawiającego zaoferował również wykonawca ASW INSTAL Adam Stęchły (jego oferta podlegać powinna jednak odrzuceniu z innego powodu). Oznacza to, że na cztery oferty złożone w postępowaniu, dwie oferują inwerter spełniający wymogi określone przez zamawiającego, a dwie nie. Nie ma w tym jednak nic nadzwyczajnego, taka sytuacja jest naturalna w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Gdyby miało być inaczej, to ustawodawca nie przewidywałby przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Podkreślił, że niedoskonałości w zakresie wskazywanym przez zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania, dostrzeżone przez niego w toku postępowania nie mogą obarczać wykonawców i stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż dawałoby to możliwość zamawiającym do unieważnienia tak naprawdę każdego postępowania o udzielenie zamówienia, co z kolei mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Unieważnienie postępowania powinno być czynnością wyjątkową, a przesłanki unieważnienia należy interpretować w sposób ścisły.

Tak samo, w przedmiotowym postępowaniu nie dochodzi do nieporównywalności składanych ofert - dochodzi do takiej sytuacji, w której część ofert spełnia wymogi określone przez zamawiającego, a część niestety nie spełnia i powinna podlegać odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dlatego też, postępowanie nie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a dokonana przez zamawiającego czynność w tym zakresie jest wadliwa.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 24 października 2024 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie zamawiający w odrębnym piśmie wniósł o sprostowanie informacji zawartej w odwołaniu, dotyczącej poprawnej nazwy postępowania i właściwego określenia zamawiającego w postępowaniu znak sprawy TIR/08/D/D/TP/2024. Wyjaśnił, że błąd ten spowodowany był omyłką w treści SWZ i powielony został w odwołaniu c sygn. akt KIO 3734/24. Izba uwzględniła wnioski w powyższym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu stanowiska odwołującego, złożonego ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie.

Jego oferta nie została odrzucona, a odwołujący nie został wykluczony z postępowania. W ocenie odwołującego, w toku badania i oceny ofert, oferta złożona przez odwołującego winna zostać oceniona najwyżej, co skutkować powinno finalnie uznaniem oferty odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, odwołujący miałby szansę uzyskać zamówienie, zawrzeć umowę i osiągnąć zysk z tytułu jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z zapisem w Rozdziale III SWZ jest Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej i pompy ciepła dla budynku przy ul. 1 Maja 218 w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach komunalnych w Rudzie Śląskiej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja techniczna, załącznik 4 do SWZ oraz załączniki do SWZ tj. przedmiar robót - załącznik nr 4a dołączony do SIWZ przedmiar robót jest poglądowy i pomocniczy w wyliczeniu ceny ofertowej; specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych - załącznik nr 4b do SWZ.

Zamawiający zawarł także następującą informację: „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”.

Z kolei w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia zawarł m.in. informacje dotyczące inwerterów (Załącznik nr 4b do SWZ pn. Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót- rozdział 15.2, str. 22): „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 harmonicznnych: 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”. W tym samym załączniku wskazano również opis techniczny modułów fotowoltaicznych (Załącznik nr 4b, rozdział 15.1. str. 21): „Minimalne parametry modułów PV: Moc: minimum 400 Wp (przyjęta w projekcie 450 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 lub równoważna, Wytrzymałość na parcie wiatru: minimum 2400 Pa, Stopień ochrony minimum IP65, Złącza w standardzie MC4, Minimalny temperaturowy zakres pracy: od -40°C do + 80°C, Współczynnik temperaturowy dla mocy znamionowej powinien być nie gorszy niż -0,38 %/0C, 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 lub równoważna, IEC 61730-2 lub równoważna, IEC 61215 lub równoważna”.

W Rozdziale III SWZ zamawiający doprecyzował zapisy dotyczące parametru napięcia startu oraz zakłóceń harmonicznnych, a także parametry dotyczące pompy ciepła: „Projektant projektując instalacje fotowoltaiczne przyjął jeden typ urządzeń o konkretnych parametrach aby móc dobrać pozostałe elementy systemu takie jak zabezpieczenia, przewody itp. W projekcie podano parametry konkretnego inwertera i magazynu energii, które zostały wykorzystane do obliczeń przy doborze zabezpieczeń i przewodów, natomiast parametry minimalne urządzeń określa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót zgodnie z którą urządzenia powinny spełniać ujęte w niej minimalne wymagania. W związku z powyższym Wykonawca wybierając urządzenie, powinien przeprowadzić stosowne obliczenia, aby sprawdzić czy pozostałe elementy systemu przedstawione w projekcie będą właściwe dla zastosowanego urządzenia”.

Po terminie otwarcia ofert zamawiający przeprowadził również stosowne wyliczenia, aby sprawdzić czy pozostałe elementy systemu przedstawiane w ofertach są właściwe dla zastosowanych w ofertach urządzeń.

I tak, zgodnie z zaproponowaną w ofertach mocą paneli fotowoltaicznych, wyliczona została minimalna ilość paneli potrzebna do niniejszej instalacji. Tę ilość poddano kolejnym przeliczeniom, które miały wskazać moc sumaryczną instalacji.

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 moc wejściowa generatora PV
1	16,65	0,460	37	20 (2 x 10)	17,02	14,47 - 17,87
2	16,65	0,435	39	15	16,96	14,42 - 17,81
3	16,65	0,450	37	20	16,65	14,15 - 17,48
4	16,65	Brak możliwości porównania (nieczytelna karta inwertera)				

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. STWiOR określała przy tym znamionową moc wyjścia jako 20 000 W i maksymalną moc wyjściową jako 22 000 VA. Informacje te zostały wskazane przez zamawiającego jako parametry minimalne warunków, które należało spełnić wskazując wraz z ofertą wybrane urządzenia.

Z kolei zgodnie z dokumentacją techniczną generator PV posiada moc 16,65 kWp. Postępując się nadal parametrem mocy wyjściowej inwertera, która zgodnie z dokumentacją miała mieścić się w przedziale od 85% do 105% mocy generatora PV zgodnie z wyliczeniami zamawiającego zakres, w którym można dobrać odpowiednią moc wyjściową inwertera to od 14,153 kW do 17,483 kW. W związku z powyższym potencjalny wykonawca składający ofertę powinien zaproponować inwertery o mocy 20 kWp, co było zgodne z danymi wskazanymi przez projektanta.

Jak wyjaśnił autor dokumentacji projektowej w piśmie z 30 sierpnia 2024 r.

w dokumentacji projektowej popełnione zostały błędy. Uzasadniając przyczynę powstania tych błędów wskazał, że: „Pierwotnie opracowana dokumentacja obejmowała wyłącznie montaż generatorów fotowoltaicznych bez magazynów energii. W toku postępowania o uzyskanie dofinansowanie na przedmiotową inwestycję zwrócili się Państwo do nas z prośbą

o aktualizację dokumentacji polegającą na rozszerzeniu instalacji fotowoltaicznych o system magazynowania energii. Podczas prac aktualizacyjnych doszło do pomyłki, której konsekwencją były rozbieżności pomiędzy przekazanym Państwu projektem, a zapisami STWiOR, dotyczącymi dopuszczalnego zakresu mocy wyjściowej inwertera fotowoltaicznego. Pragnę wyjaśnić, że przyczyną ww. rozbieżności była omyłka edytorska w wyniku, której zamiast zapisu, iż dopuszczalny zakres mocy wyjściowej inwertera powinien zawierać się w przedziale od 85% do 125% mocy generatora PV pojawił się zapis zgodnie, z którym moc wyjściowa inwertera powinna się mieścić w przedziale od 85% do 105% mocy generatora”.

Pismem z 4 października 2024 r. zamawiający poinformował, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp z tego powodu, że jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie unieważnienia: „Zamawiający po otwarciu ofert, w trakcie ich badania i oceny, przeprowadził stosowne obliczenia, z których wynikała niezgodność z parametrami mocy wyjściowej inwertera. Moc ta miała zmieścić się w przedziale od 85% do 105% mocy generatora PV. W związku z faktem, iż wymagania techniczne zawarte w opisie przedmiotu zamówienia należy uznać za jedną z najbardziej istotnych z punktu widzenia wykonawców, gdyż Zamawiający określa w ten sposób krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, podczas ponownego badania ofert, Zamawiający dokonał ponownie przeliczeń mocy urządzeń i instalacji wskazanej w dokumentacji technicznej”.

Zamawiający przytoczył wymagania SWZ w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, w tym Załącznik nr 4b do SWZ pn. STWiOR rozdział 15.2, str. 22) oraz rozdziału 15.1. str. 21). Dalej wskazał, że przeprowadził również stosowne wyliczenia, aby sprawdzić czy pozostałe elementy systemu przedstawiane w ofertach są właściwe dla zastosowanych w ofertach urządzeń.

Dalej zamawiający argumentował, że: „W powołanym stanie faktycznym w treści dokumentacji zamówienia w zakresie opisu warunków technicznych inwertera, który należało zastosować w instalacji fotowoltaicznej doszło do błędu poprzez wadliwe wskazanie parametrów dotyczących mocy wyjściowej inwertera, co potwierdził w korespondencji również autor dokumentacji technicznej”.

Zdaniem zamawiającego „Czynność, o której mowa jest powodem uchybienia merytorycznego, którego nie można skorygować w sposób niewadliwy. Zamawiający przystępując do udzielenia zamówienia oparł się na niej uznając,

ze jest ona opracowana zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, jak również zgodnie z wymaganiami zamówienia. W obecnym stanie zmiana dokumentacji projektowej spowodowałaby zmianę opisu przedmiotu zamówienia, co Zamawiający na pewno uczyni wszczynając ponownie postępowanie. Cel prowadzenia postępowania tj. udzielenie zamówienia zgodnie z założeniami Zamawiającego nie został tutaj osiągnięty. Dopuszczenie do sprzeczności w opisie przedmiotu zamówienia spowodowało brak możliwości rzetelnego porównania ofert, w których wykonawcy, na skutek błędu w dokumentacji w równy sposób przygotowują i złożą oferty. W związku z tym faktem ofert nie można ze sobą porównać, gdyż wykonawcy oparli się na odmiennych parametrach inwertera zamieszczonych w dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznej. Parametry nie zostały również ujednoczone przed terminem składania ofert, co dodatkowo wpływa na brak zachowania uczciwej konkurencji. Powyższy błąd stanowi podstawę unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę art. 255 pkt 6 ustawy Pzp (...) Niewłaściwe lub nierzetelne przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, w tym przypadku rozbieżne wskazanie mocy urządzeń, w sposób oczywisty wpływa na przebieg całego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli w jego trakcie błąd nie został wyeliminowany, determinuje realizację zamówienia w wyniku zawartej umowy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że błędy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Przestrzeganie tej zasady jest obowiązkiem zamawiającego, co wynika z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Ujawnione w orzecznictwie przykłady wad postępowania stanowiących podstawę jego unieważnienia dotyczą opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający nie spełnił wymagań wynikających z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Zamawiający wskazał ponadto: „Wobec powyższego uznać należy, że zaistniały błąd uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu ze względu na to, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie opisu parametrów wymaganego inwertera zawiera sprzeczność, która nie daje możliwości dokonania prawidłowej oceny złożonych ofert (nie ma możliwości porównania ofert, które zawierają moc wyjściową inwertera zgodną z minimalnymi parametrami wskazanymi przez Zamawiającego. Nie wiadomo jaką ofertę złożą wykonawcy gdyby powyższa sprzeczność nie miała miejsca i czy inni wykonawcy nie zdecydowaliby się wziąć udziału w postępowaniu, co jednoznacznie doprowadza do ograniczenia konkurencji. Nie można wykluczyć także sytuacji, że istnieją takie podmioty, które uznały na podstawie analizy opisu przedmiotu zamówienia, że nie są zainteresowane braniem udziału w postępowaniu, gdyż nie będą w stanie warunku wykazać. Te same podmioty, przy właściwym opisie przedmiotu zamówienia mogłyby być zainteresowane złożeniem ofert. Powyższy błąd w opisie przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie, które ma wpływ na ocenę ofert, a zatem wpływ na wynik postępowania. Co w oparciu o powołane orzecznictwo wypełnia przesłankę unieważnienia postępowania o zamówienie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Ponieważ podczas badania ofert Zamawiający nie jest z kolei uprawniony do zmiany treści SWZ, ani tworzenia zasad interpretacji jej zapisów w kwestii opisu przedmiotu zamówienia, toteż opisanych wyżej rozbieżności nie może na obecnym etapie postępowania wyeliminować. Zamawiający nie jest też w stanie stwierdzić, w jaki sposób poszczególni Wykonawcy interpretowali zapisy specyfikacji i nie może zwrócić się do nich z wnioskiem o wyjaśnienie treści ofert ponieważ działanie takie stanowiłoby negocjowanie treści oferty, a nadto - po ujawnieniu zaoferowanych cen mogłoby prowadzić do manipulowania wyjaśnieniami celem zmiany rankingu ofert. Oznacza to, że Zamawiający nie posiada żadnej możliwości naprawienia stwierdzonej wady postępowania, wada ta jest trwała, uniemożliwia dokonanie oceny ofert oraz wyklucza wybór wykonawcy i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe przesądza o zaistnieniu przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp”.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy 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. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W myśl art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: (1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert; (2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; (3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; (4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; (5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Na wstępie należy przypomnieć, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp możliwe jest w przypadku łącznego wykazania po pierwsze, że postępowanie jest obarczone wadą, po drugie, że jest to wada niemożliwa do usunięcia, po trzecie, że wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Wszystkie one muszą wystąpić łącznie, aby zamawiający był uprawniony do podjęcia decyzji w tym przedmiocie. Podkreślić należy bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w celu wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy, a unieważnienie postępowania ma charakter wyjątkowy i może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie, przy czym przesłanki tego unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

W konsekwencji należy zaznaczyć, że nie każde uchybienie przepisom i zasadom postępowania może być podstawą unieważnienia umowy, a jedynie wada, którą uznać można za istotną. Ocena czy w danym postępowaniu wada taka wystąpiła dokonywana będzie każdorazowo przez zamawiającego, przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania. Ponadto, aby unieważnienie postępowania było możliwe pomiędzy jego wadą, a niemożnością zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy musi zachodzić adekwatny związek przyczynowy. Poszukując kryteriów oceny czy zachodzi opisana w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp podstawa unieważnienia postępowania, jaką jest brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, sięgnąć należy do regulacji art. 457 ustawy Pzp, określającego przesłanki unieważnienia umowy. Przy czym, z uwagi na podstawę unieważnienia postępowania wskazaną przez zamawiającego w decyzji z dnia 4 października 2024 r., w rozpoznawanej sprawie kluczowe znaczenie ma treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem ustawy. Przy tym naruszenie to musi być kwalifikowane (rażące).

Następnie zaznaczyć należy, że ciężar wykazania, że w okolicznościach faktycznych danej sprawy zachodzą przesłanki, które uzasadniają podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania spoczywa na zamawiającym. Zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Powyższy przepis wskazuje, że zamawiający ma obowiązek wykazać i wyczerpująco uzasadnić wystąpienie okoliczności faktycznych i prawnych powodujących obowiązek unieważnienia postępowania. Przywołany przepis, służący realizacji zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania, równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że postępowanie nie zakończy się wyborem najkorzystniejszej oferty i zawarciem umowy.

Wykonawca, na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a jeśli na to się zdecyduje na podstawie uzasadnienia faktycznego decyduje jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne informacji o unieważnieniu postępowania powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. O ile niektóre z przesłanek unieważnienia postępowania mają charakter oczywisty, niewymagający szczególnie rozbudowanego uzasadnienia faktycznego i prawnego (np. w sytuacji gdy nie złożono żadnej oferty lub

wszystkie oferty zostały odrzucone), o tyle w przypadku nieusuwalnej wady postępowania konieczne jest wykazanie i przeanalizowanie wszystkich okoliczności leżących u podstaw takiej oceny.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający dopatruje się istnienia „wady” postępowania w tym, że jak twierdzi w sposób nierzetelny przygotował opisu przedmiotu zamówienia, wskazując rozbieżną moc urzędzeń. Dalej wywodzi, że nieprawidłowy opis parametrów technicznych wymaganych urzędzeń miał wpływ na wynik całego postępowania o udzielenie zamówienia, a ponieważ popełniony w trakcie postępowania błąd nie został wyeliminowany, powyższe determinuje realizację zamówienia w wyniku zawartej umowy. Cytuje przy tym szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, nie dostrzegając jednak, że wszystkie one dotyczą takich sytuacji, w których opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób, który uniemożliwił zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tymczasem w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania nie sposób jest stwierdzić, że na podstawie przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia nie jest możliwe dokonanie takiej oceny i, że nie sposób jest wyłonić wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Jak bowiem zamawiający sam przyznał w uzasadnieniu faktycznym dokonanej czynności

„Z obliczeń wynika, że minimalne wartości inwertera wskazane przez projektanta są błędne, gdyż wynik wskazanych obliczeń nie mieści się w zakresie minimalnym w większości ofert”. Powyższy fragment wskazuje zatem bezspornie, że tylko część ofert nie spełnia wymagań określonych w dokumentach zamówienia. A contrario część ofert wymogi te spełnia i możliwa jest realizacja zamówienia na podstawie tak przygotowanego opisu.

Z kolei okoliczność, że w wyniku popełnionych błędów część ofert nie spełnia tak opisanych wymagań, nie powoduje jeszcze, że mamy do czynienia z jakąkolwiek „wadą” postępowania, a tym bardziej taką wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy nie podlegającej unieważnieniu. Warunkiem zawarcia ważnej umowy nie jest bowiem to, aby wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie złożyli w postępowaniu oferty odpowiadające wymaganiom opisanych w SWZ, w tym w opisie przedmiotu zamówienia. Niejednokrotnie zdarza się tak, że o zamówienie ubiegają się podmioty, które nie oferują tego czego oczekuje zamawiający, a w rezultacie ich oferty są odrzucane, jako niezgodne z treścią dokumentów zamówienia.

Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Jak wskazuje odwołujący, czemu zamawiający nie przeczy udzielając odpowiedzi na odwołanie, w przypadku oferowanego przez niego rozwiązania wszystkie parametry opisane w dokumentach zamówienia zostały spełnione. Możliwe było zatem złożenie oferty w pełni zgodnej z opisany przedmiotem zamówienia, pomimo nawet istnienia nieścisłości w OPZ.

Izba podkreśla, że art. 255 statuuje wyjątek od zasady zakończenia postępowania przetargowego poprzez wybór oferty najkorzystniejszej. Jako wyjątek winien być zatem interpretowany rygorystycznie i zawężająco. Umożliwienie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 z powodu rzekomych niejasności i błędów w SWZ stanowiłby istotne zagrożenia dla rynku zamówień publicznych i działającym na nim podmiotów prywatnych. Podmioty te bowiem pozbawione byłoby jakiegokolwiek pewności co do zakończenia postępowania i uzyskania zamówienia. Zamawiający bowiem na każdym etapie postępowania, zależnie od okoliczności i subiektywnych przekonań, mogliby unieważniać postępowanie wskazując na rzekome błędy czy nieścisłości w opisie swoich wymagań argumentując, że postępowanie obarczone jest wadą. Takie działanie jest niedopuszczalne.

Zauważenia także wymaga, że każdy podmiot, zanim złoży swoją ofertę powinien szczegółowo przeanalizować wszystkie zapisy zawarte w dokumentach zamówienia, gdyż tylko to stanowi gwarancję, że możliwe będzie złożenie przez niego oferty ważnej

i niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto na tym etapie każdemu wykonawcy przysługuje uprawnienie w postaci zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia, a jeśli uzna, że zapisy SWZ są sprzeczne z obowiązującymi przepisami - może złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej kwestionując jej postanowienia. Jeśli tego nie uczyni, ponosi konsekwencję swoich zaniechań, a SWZ staje się wiążąca dla wszystkich ubiegających się o zamówienie, na równych zasadach. Na obowiązek w tym zakresie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 28 marca 2024 r., sygn. akt ZS 7/24, orzekając w podobnych okolicznościach faktycznych jak te w niniejszej sprawie wskazując: „zdaniem Sądu Okręgowego, w sytuacji kiedy wykonawcy, mimo iż dysponują przewidzianymi w ustawie środkami prawnymi, nie zgłaszali żadnych wątpliwości co do dokumentacji przetargowej, w szczególności nie wskazywali na wariantowość sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ani wadliwość przedmiaru, trudno sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający mógłby skutecznie unieważnić postępowanie na podstawach takich jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Podsumowując, jakkolwiek teoretycznie, hipotetycznie wskazane przez zamawiającego w decyzji o unieważnieniu postępowania mogłyby wywołać wątpliwości

wykonawców i być przedmiotem kierowanych przez nich do zamawiającego wniosków o udzielenie wyjaśnień, to w rozpoznawanej sprawie tak się nie stało, a nie jest rolą zamawiającego doszukiwanie się wątpliwości tam gdzie nie mieli ich wykonawcy. Tym bardziej, jeżeli wątpliwości te, nawet jeżeli w ogóle były, z całą pewnością nie miały charakteru istotnych (kwalifikowanych)”.

Tym samym nawet jeśli część wykonawców, z powodu sprzeczności i nieścisłości w dokumentach zamówienia, nie spełnia wymagań SWZ, a odwołujący złożył swoją ofertę, która w pełni im odpowiada, to obowiązkiem zamawiającego było zakończenie postępowania wyborem oferty najkorzystniejszej, a nie podjęcie decyzji o jego unieważnieniu.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że zamawiający, bezpodstawnie unieważniając postępowanie, naruszył przepisy ustawy w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, zatem odwołanie, stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....