

Sygn. akt: KIO 2799/21

WYROK

z dnia 25 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2021 r. przez wykonawcę **Eko-Solar Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łądek - Zdrój**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie ofercie wykonawcy Eko-Solar Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert pn. „Sprawność panelu fotowoltaicznego (SP)”.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Łądek – Zdrój** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Eko-Solar Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Łądek - Zdrój** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **Eko-Solar Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łądek - Zdrój [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *poprawę jakości powietrza poprzez zwiększenie udziału OZE w wytwarzaniu energii etap I – budowa elektrowni fotowoltaicznej w mocy 1 MW wraz z infrastrukturą w formule zaprojektuj i wybuduj* (znak postępowania: WR.271.11.2021.206).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00150258/01.

W dniu 22 września 2021 r. wykonawca Eko-Solar Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie [dalej „Odwołujący” lub „Eko-Solar”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 255 pkt 3 w zw. z art. 126 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię i ocenę, iż oferta oceniona przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w rzeczywistości jest ofertą najkorzystniejszą bez poddania jej wcześniejszemu badaniu pod kątem spełnienia wymogów, cech i kryteriów przewidzianych przez Zamawiającego oraz pomimo braku wcześniejszej weryfikacji czy nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, co skutkowało bezprawnym unieważnieniem postępowania;
2. art. 255 pkt 3 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy nie ziszczała się przesłanka do unieważnienia postępowania, albowiem w rzeczywistości najkorzystniejszą ofertą jaką była oferta Odwołującego i cena w niej wskazana nie przewyższyła kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny oferty Odwołującego w postępowaniu;
3. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia, na fakty tam powołane.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, w szczególności wskazał na brzmienie rozdziału XXI pkt 1 SWZ. Wskazał, że z protokołu komisji przetargowej z dnia 16.09.2021 r. wynika, że Zamawiający ofertę Odwołującego w zakresie kryterium

„Sprawność panelu fotowoltaicznego” ocenił w ten sposób, iż przyznał EKO-SOLAR Sp. z o.o. „0” punktów, albowiem w jego ocenie załączone do oferty przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdziły sprawności określonej przez Odwołującego w ofercie. Powyższe stanowisko Zamawiającego w zakresie przyznania punktów ofercie Odwołującego znalazło potwierdzenie w dokumencie „wstępna ocena ofert”, co skutkowało przyznaniem EKO-SOLAR Sp. z o.o. w sumie 83 punktów co sprawiło, iż oferta Odwołującego nie została uznana za ofertę najkorzystniejszą, albowiem oferta Konsorcjum firm: Elektromontaż Wschód Sp. z o.o. (Lider) i Elserwis Sp. z o.o. (Partner) (dalej jako: „Konsorcjum”) wedle wyliczeń Zamawiającego uzyskała sumę punktów na poziomie 84,91. Z uwagi na to, że Zamawiający ocenił, iż oferta powyższego konsorcjum była ofertą najkorzystniejszą to podjął decyzję o unieważnieniu postępowania albowiem cena w niej wskazana przewyższyła kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie zdecydował się na zwiększenie przeznaczonych środków do wysokości zaoferowanej ceny.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał analizy przedmiotowych środków dowodowych przekazanych przez Odwołującego i wadliwie uznał, iż w ramach kryterium „Sprawność panelu fotowoltaicznego” EKO-SOLAR Sp. z o.o. należy przyznać „0” punktów, albowiem w rzeczywistości Odwołujący w ramach tego kryterium powinien uzyskać maksymalne „15” punktów, co w konsekwencji skutkowałoby tym, iż suma punktów po stronie EKO-SOLAR Sp. z o.o. wyniosłaby 98 pkt.

Zgodnie z wymaganiami postępowania przetargowego dla uzyskania maksymalnej ilości punktów sprawność oferowanego panelu fotowoltaicznego powinna wynosić co najmniej 20% (patrz rozdział XXI pkt. 1.15). Minimalna moc modułu fotowoltaicznego zgodnie z zapisami programu funkcjonalno-użytkowego powinna wynosić min. 540Wp (str. 6 pkt 9 PFU).

Odwołujący zaoferował panele fotowoltaiczne firmy Jinko Solar model Tiger Pro 72HC-TV o mocy 540 WP. Moduł „BIFACIAL” z przezroczystą tylną warstwą. Technologia „Bifacial” to technologia ogniw dwustronnych co powoduje znaczące zwiększenie sprawności panelu. Panel fotowoltaiczny absorbuje promienie słoneczne zarówno z przodu jak i z tyłu. Zaproponowany panel fotowoltaiczny posiada możliwość osiągnięcia nawet 26,18% sprawności dzięki tej technologii.

Odwołujący wskazał, że katalog przesłanek wymienionych w art. 255 ustawy Pzp ma charakter katalogu zamkniętego. Z uwagi na to, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Zatem przesłanki wymienione w art. 255 ustawy Pzp nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podlegają one wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, spoczywa na zamawiającym. W realiach niniejszej sprawy prawidłowo dokonana

ocena materiałów zgromadzonych w toku postępowania pozwala przyjąć, że najwięcej punktów należało przyznać Odwołującemu, a zaoferowana przez niego cena, tj. 4.520.078,37 zł nie przekracza kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zadania która wynosiła 4.523.220,00 zł.

Jeszcze w orzecznictwie bazującym na art. 91 wcześniejszej ustawy Prawo zamówień publicznych, które to jednak w ocenie Odwołującego w szerokim zakresie powinno znaleźć zastosowanie także na gruncie aktualnego art. 255 ustawy Pzp, uwypuklano, iż możliwe jest zakwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie powinna zostać poddana ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 ustawy Pzp, gdyż podlegała odrzuceniu albo wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, jak i ze względu na to, że formalnie prawidłowa oferta została nieprawidłowo oceniona w zakresie przewidzianym w art. 91 ustawy Pzp jako najkorzystniejsza (tak m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. III CZP 56/17). W świetle powyższej argumentacji należy przyjąć, że z naruszeniem przepisów prawa Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania albowiem w rzeczywistości nie zaktualizowały się przesłanki ku temu, wszak wadliwie Zamawiający wstępnie ocenił ofertę EKOSOLAR Sp. z o.o. i błędnie uznał, iż oferta ta nie jest faktycznie najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych w toku postępowania.

Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego, z daleko idącej ostrożności, gdyby przyjąć, że Odwołujący miałby uzyskać mniejszą ilość punktów w ramach wstępnej oceny oferty wedle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów i w konsekwencji w dalszym ciągu jego oferta klasyfikowałaby się w ramach ogólnej sumy punktów poniżej oferty Konsorcjum, to i tak decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania była decyzją przedwczesną. Dokonując wykładni przepisów Pzp stwierdzić należy, iż „oferta oceniona jako najkorzystniejsza”, a z taką *de facto* mamy do czynienia w realiach niniejszej sprawy, nie może być utożsamiane z pojęciem „najkorzystniejszej oferty”, o którym mowa w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. W realiach niniejszej sprawy w oparciu o dokumentację zgromadzoną w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można stwierdzić, iż Zamawiający dokonał jedynie „wstępnej oceny ofert” i w oparciu o to ocenił, że oferta Konsorcjum jest najkorzystniejsza. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 391/18 i stwierdził, że skoro Zamawiający nie przeprowadził w sposób kompleksowy procedury badania ofert Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu, to winien czynności tej dokonać. Dopiero dokonanie czynności badania i oceny oferty w pełnym zakresie umożliwi Zamawiającemu podjęcie decyzji co do tego czy faktycznie jest to oferta najkorzystniejsza i w konsekwencji z uwagi na ustaloną w niej cenę zasadnym jest unieważnienie postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 września 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający dokonał wstępnej oceny pięciu ofert złożonych w postępowaniu w tym oferty Odwołującego. Dwie oferty zostały odrzucone — jedna z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium, druga nie została prawidłowo podpisana. Ocenie zostały poddane trzy oferty, w tym oferta Odwołującego. Protokół Komisji Przetargowej zawiera opis czynności przeprowadzonych w postępowaniu. Załącznikiem nr 2 do niniejszego protokołu jest tabela przedstawiająca wstępną ocenę ofert pod względem kryteriów oceny ofert zawartych w Rozdz. XXI SWZ. Zatem zarzut zaniechania czynności oceny oferty złożonej przez Odwołującego jest chybiony. Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał analizy załączonych do oferty Odwołującego środków dowodowych, które opisują przedmiot zamówienia. Odwołujący w formularzu ofertowym podał nazwę i model zaoferowanego panelu fotowoltaicznego Tiger Pro 72HC-TV oraz określił jego sprawność na poziomie 23%. Do oferty dołączono kartę katalogową modelu „BIFACIAL”, która przedstawiała specyfikację aż pięciu typów modułu - każdy o innych parametrach - żaden o sprawności 23%.

Odwołujący nie doprecyzował w ofercie, który z pięciu typów modułów zaoferował. O tym, że Odwołujący zaproponował panel fotowoltaiczny o mocy 540Wp i wzmocnieniu tyłu modułu do 25% Zamawiający dowiedział się dopiero z treści odwołania, tzn., że w żadnym dokumencie lub oświadczeniu załączonym do oferty nie było takiej informacji. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dokumenty stanowiące podstawę oceny w ramach kryterium oceny ofert nie są dokumentem uzupełnianym, a ich wyjaśnienie może dotyczyć wyłącznie kwestii nieścisłości (m.in. orzeczenie KIO 81/20). Zdaniem Zamawiającego w niniejszym przypadku niedopuszczalne byłoby wezwanie Odwołującego do wyjaśnień, który z typów modułów panelu fotowoltaicznego Odwołujący zaoferował, gdyż prowadziłoby to do niedozwolonej zmiany treści oferty.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca w odwołaniu zmienił treść oferty, oświadczając, że zaproponowany panel posiadający możliwość osiągnięcia sprawności 26,18%, a nie tak jak zaproponował w ofercie 23%.

Argument Odwołującego, że jakoby typ modułu wynikał z wymagań Zamawiającego zawartych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (str. 6 pkt 9 PFU) jest chybiony. Wprawdzie Zamawiający zaproponował w PFU moc pojedynczego modułu na 540 WP, to jednak dopuścił poziom równoważności na +/- 150 Wp. Zatem wymagania Zamawiającego spełniałyby moduły o mocy od 390 do 690 WP. Biorąc pod uwagę załączoną do oferty Odwołującego kartę katalogową parametry te spełnia wszystkie pięć typów modeli panelu fotowoltaicznego. Złożenie oferty w formie, która daje możliwość wyboru rozwiązania technicznego (typ panelu) jest złożeniem oferty wariantowej, której Zamawiający w SWZ nie

dopuszczył. Wykonawca powinien w ofercie precyzyjnie określić, jaki typ modułu (jeden) dostarczy. Z oferty (w tym karty katalogowej) nie wynikało, jaki konkretnie typ modułu został zaoferowany. Dopiero w treści odwołania Wykonawca wyraźnie zaznaczył, o jaki typ panelu chodzi - powołując się na jego rodzaj, moc oraz wyróżniając go graficznie na wycinku z karty katalogowej (tj. Jinko Solar model Tiger Pro 72HC-TV, o mocy 540 WP, Moduł „BIFACIAL” z przezroczystą tylną warstwą). Zdaniem Zamawiającego Odwołujący przygotowując ofertę nie dokonał w tym zakresie należytej staranności. Od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne jako od profesjonalisty wymaga się, by składając oświadczenia i dokumenty mające służyć ocenie ofert w ramach określonych kryteriów oceny ofert, uczynił to w sposób prawidłowy, tj. w taki, jaki wymaga tego SWZ i jaki warunkuje przyznanie punktów w danym kryterium.

Co do ofert innych Wykonawców nie było wątpliwości co do zaoferowanego typu panelu. W ofercie nr 3 złożonej przez Konsorcjum firm: Elektromontaż Wschód sp. z o.o. Lider, Elserwis sp. z o.o. — Partner w formularzu ofertowym została podana dokładna nazwa panelu fotowoltaicznego, jednocześnie Wykonawca zaznaczył go graficznie na karcie katalogowej, w ofercie nr 4 złożonej przez Konsorcjum MEB Technical Sp. z o.o. (Lider), TAURON Nowe Technologie S.A. (Partner) w formularzu ofertowym została podana bardzo dokładna nazwa panelu fotowoltaicznego pozwalająca na zidentyfikowanie go w karcie katalogowej.

Biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności prawidłowym było przyznanie 0 pkt ofercie Odwołującego w kryterium „Sprawność panelu fotowoltaicznego”. Zamawiający nadmienia, że w przypadku uwzględnienia odwołania oraz nakazu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w celu ponownej oceny i badania ofert, możliwe jest, iż Konsorcjum firm: Elektromontaż Wschód sp. z o.o. - Lider, Elserwis sp. z o.o. - Partner nie wyrazi woli na uczestnictwo w czynnościach powtórzonych choćby poprzez brak ponownego wpłacenia wadium, które zostało im zwrócone (informację o uwolnieniu wadium wysłano w dniu 20.09.2021 r.). Ponadto, zdaniem Zamawiającego, biorąc pod uwagę wszystkie ujawnione w toku postępowania odwoławczego fakty, Odwołujący dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Zatem w przypadku dokonania powtórzonych czynności Zamawiający zbada, czy oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 bądź art. 226 ust. 1 pkt 7 względnie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako oferta wariantowa, której Zamawiający nie dopuścił.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 23 września 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego, protokół posiedzenia komisji przetargowej z dnia 16 września 2021 r. oraz zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 17 września 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 października 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XXI SWZ, kryteriami oceny ofert były:

1. Cena (C) – 50 %
2. Gwarancja na roboty budowlane (Grb) - 10 %
3. Gwarancja na panele (Gp) - 10 %
4. Gwarancja na falowniki (Gf) - 10 %
5. Sprawność panelu fotowoltaicznego (SP) - 15 %
6. Doświadczenie kierownika budowy (Dk) - 5 %

Kryterium Sprawność panelu fotowoltaicznego (SP) – ocena w tym kryterium polega na przyznaniu ofercie Wykonawcy dodatkowych punktów (max. 15 pkt) w zależności od sprawności panelu fotowoltaicznego wyrażonej w % w karcie technicznej, kryterium sprawności panelu fotowoltaicznego – obliczone będzie wg wzoru:

$$SP = \frac{SPb - SP \text{ min}}{SP \text{ max} - SP \text{ min}} \times 15 = \dots \text{pkt}$$

SP- ilość przyznanych pkt w ramach kryterium

SPb – sprawność panelu fotowoltaicznego w badanej ofercie

SP min.- minimalna sprawność panelu fotowoltaicznego

SP max. – maksymalna sprawność panelu fotowoltaicznego

Minimalna sprawność panelu fotowoltaicznego wynosi 20,00% a maksymalna 23,00%.

Uwaga: Wykonawca zobowiązany jest wpisać nazwę/model zaoferowanego panelu fotowoltaicznego do formularza ofertowego oraz dołączyć do oferty kartę techniczną panelu fotowoltaicznego zawierającą informację o sprawności. Zaoferowanie niższej niż minimalna sprawności panelu będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Natomiast w przypadku zaoferowania maksymalnej określonej sprawności lub większej Wykonawca otrzyma maksymalną możliwą liczbę punktów

Minimalna moc modułu fotowoltaicznego zgodnie z zapisami programu funkcjonalno-użytkowego powinna wynosić min. 540Wp, przy czym Zamawiający dopuścił odstępstwo na poziomie +/- 150 (str. 6 pkt 9 PFU).

Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 4 523 220 zł brutto. W postępowaniu złożono 5 ofert, przy czym dwie zostały odrzucone. Odwołujący złożył ofertę z ceną 4 520 078,37 zł.

Odwołujący zaoferował panele fotowoltaiczne firmy Jinko Solar model Tiger Pro 72HC-TV. Sprawność modelu fotowoltaicznego (SP) 23%. Do oferty Odwołujący załączył kartę katalogową Tiger Pro 72 HC-TV 525 – 545 Watt – moduł bifacial z przezroczystą tylną warstwą. Z załączonej karty katalogowej wynika, że każdy z modułów w niej wskazanych posiadał sprawność odpowiednio na poziomie 25,45%, 25,69%, 25,93%, 26,18% oraz 26,42%.

Jak wynika z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 16 września 2021 r. Odwołujący w kryterium sprawność panelu fotowoltaicznego otrzymał 0 punktów, ponieważ z załączonych do oferty przedmiotowych środków dowodowych nie wynika, że zaoferowane panele fotowoltaiczne posiadają sprawność określoną przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Oferta Odwołującego łącznie w kryteriach oceny oferty otrzymała 83 pkt, z kolei oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Wschód Sp. z o.o. oraz Elserwis Sp. z o.o. otrzymała łącznie 84,91.

W dniu 17 września 2021 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w uzasadnieniu faktycznym wskazując, że cena najkorzystniejszej oferty (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Wschód Sp. z o.o. oraz Elserwis Sp. z o.o. – 4 885 560 zł) przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający błędnie unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp oraz błędnie ocenił ofertę Odwołującego w pozacenowym kryterium oceny ofert dotyczącym sprawności panelu fotowoltaicznego.

Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Stosownie do treści art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Przedmiotem zawisłego sporu było to, czy Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę Odwołującego w ramach kryteriów oceny ofert, w szczególności w zakresie kryterium sprawności panelu fotowoltaicznego (SP), w którym przyznał ofercie odwołującego się Wykonawcy 0 punktów, w wyniku czego oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert z 83 punktami. Konsekwencją powyższego było unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Wschód Sp. z o.o. oraz Elserwis Sp. z o.o., która otrzymała 84,91 pkt. przekraczała budżet Zamawiającego przeznaczony na sfinansowanie zamówienia.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu wskazać należy, iż Odwołujący w formularzu ofertowym podał nazwę i model zaoferowanego panelu fotowoltaicznego Tiger Pro 72HC-TV oraz określił jego sprawność na poziomie 23%, czyniąc tym samym zadość wymogom Zamawiającego. Na potwierdzenie ww. wymogu ocenianego w ramach kryteriów oceny oferty Wykonawca załączył kartę katalogową modelu „BIFACIAL”, zawierającą pięć typów modułów, przy czym sprawność każdego z nich przekraczała oferowaną przez Odwołującego wartość na poziomie 23% (odpowiednio 25,45%, 25,69%, 25,93%, 26,18% oraz 26,42%). Jak wyjaśnił w toku rozprawy Odwołujący wskazana w formularzu ofertowym sprawność panelu fotowoltaicznego na poziomie 23% jest wartością gwarantowaną przez Wykonawcę w ramach realizacji niniejszego zamówienia, przy czym sprawność modułu nie

jest jego cechą stałą, zależy od zastosowanej przez wykonawcę technologii i w zależności od niej oferowany moduł może osiągnąć sprawność nawet na poziomie 26,18%. W tym miejscu podnieść należy, że słusznie zauważył Odwołujący, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w formularzu ofertowym mocy oferowanego modułu fotowoltaicznego określonej w PFU na poziomie 540 WP +/- 150, a każdy z modułów wskazanych w karcie katalogowej złożonej przez Odwołującego mieścił się w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a elementem różnicującym poszczególne typy modułów była ich moc (WP). Co więcej sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że *„wymagania Zamawiającego spełniałyby moduły o mocy od 390 do 690 WP. Biorąc pod uwagę załączoną do oferty Odwołującego kartę katalogową parametry te spełnia wszystkie pięć typów modeli panelu fotowoltaicznego.”*

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający nierzetelnie ocenił ofertę Odwołującego w zakresie kryterium dotyczącego sprawności panelu fotowoltaicznego. Skoro Odwołujący złożył kartę katalogową oferowanego modułu fotowoltaicznego potwierdzającą w wyższym zakresie spełnienie wymogu dotyczącego sprawności panelu niż wymagana przez Zamawiającego (punktowana była maksymalnie sprawność na poziomie 23%), to nie sposób uznać, że nie potwierdzała ona wskazanej w formularzu ofertowym sprawności modułu na poziomie 23%. W tym miejscu wskazać należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było przeszkód do wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień treści oferty w zakresie dostrzeżonej przez Zamawiającego „rozbieżności” pomiędzy formularzem ofertowym, gdzie wykonawca zadeklarował sprawność modułu fotowoltaicznego na poziomie 23% a wartościami wynikającymi z karty katalogowej wyższymi niż podane w formularzu oferty.

Dalej Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego jakoby stanowisko Odwołującego prowadziło do zmiany treści ofert. Zauważyć należy, iż wszelkie informacje dotyczące oferowanego modułu, w tym dotyczące jego sprawności oraz mocy, wynikały ze złożonego formularza ofertowego oraz załączonej karty katalogowej. Odwołujący nie powoływał się w toku postępowania na żadne inne informacje aniżeli wynikające z ww. dokumentów.

Odnosząc się do kwestii jakoby oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 oraz 7 ustawy Pzp z uwagi na to, że stanowiła ofertę wariantową wskazać należy, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena prawidłowości czynności albo zaniechań zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że Izba orzekając w okolicznościach danej sprawy, nie zastępuje zamawiającego w czynnościach. Tym samym przedmiotem rozważań Izby nie mogą być przyszłe i hipotetyczne działania zamawiającego względem oferty danego wykonawcy.

Poza rozważaniami Izby była również podnoszona przez Odwołującego rozbieżność w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Wschód Sp. z o.o. oraz Elserwis Sp. z o.o. w zakresie gwarancji na panele ocenianej w ramach kryteriów oceny oferty (pomiędzy treścią formularza ofertowego a złożoną kartą katalogową). Powyższa okoliczność jako wykraczająca poza zarzuty odwołania, nie mogła zostać wzięta pod uwagę w myśl art. 555 ustawy Pzp.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy prawidłowo dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego winna skutkować przyznaniem ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w kryterium „sprawność panelu fotowoltaicznego (SP)”.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, jako że Izba nakazała Zamawiającemu m.in. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wskazać trzeba, iż prawidłowe było stanowisko Odwołującego, że określenie użyte w art. 274 ust. 1 ustawy Pzp (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania do postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne – arg. z art. 266 ustawy Pzp) „oferta najwyżej oceniona” nie może być utożsamiane z pojęciem oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Zwrot „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” powinien być rozumiany jako oferta, która w wyniku wstępnej oceny została oceniona przez zamawiającego najwyżej, natomiast aby można było mówić o „ofercie najkorzystniejszej” zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 13 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 391/18). Dopiero bowiem po zbadaniu, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Nie można wykluczyć sytuacji, że po przeprowadzonej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w ramach kryteriów, jego oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W takiej sytuacji zamawiający weryfikuje sytuację podmiotową wobec wykonawcy następnego w kolejności.

Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 16 września 2021 r., Zamawiający nie zbadał sytuacji podmiotowej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektromontaż Wschód Sp. z o.o. oraz Elserwis Sp. z o.o., w tym nie wezwał wykonawców w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym rację miał Odwołujący, iż przed ewentualnym unieważnieniem postępowania o udzielenie Zamawiający winien zbadać sytuację podmiotową ww. wykonawców. Błędna była zatem rekomendacja komisji przetargowej zawarta w protokole z dnia 16 września 2021 r.,

w którym wskazano kierownikowi Zamawiającego na możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp albo kontynuacji oceny ofert poprzez dokonanie zmian w budżecie – zwiększenie kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wezwanie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz zbadania na podstawie uzupełnionych dokumentów braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp była nieprawidłowa.

Mając na uwadze powyższe 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 § 7 ust. 1 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). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: