

**WYROK**

**z dnia 3 września 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2019 r. przez **wykonawcę Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Staropolski Związek Gmin i Miast z siedzibą w Końskich**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Staropolski Związek Gmin i Miast z siedzibą w Końskich i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zasądza od **Zamawiającego: Staropolskiego Związku Gmin i Miast z siedzibą w Końskich** na rzecz **wykonawcy Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą w**

**Tarnowie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Staropolski Związek Gmin i Miast z siedzibą w Końskich prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Dostawa, montaż i uruchomienie instalacji OZE w ramach Projektu pn: OZE dla mieszkańców gmin SZGiM.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Hymon Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 19 sierpnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy EkoEnergia Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz w konsekwencji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, *Odwołujący* wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i odrzucenie oferty wykonawcy EkoEnergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach z uwagi na niespełnienie parametrów przez zaoferowane urządzenia a także wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do spełniania przez oferowane urządzenia normy PN-EN 62716:2014-02.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy EkoEnergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez *Odwołującego* wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 sierpnia 2019 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia jest *Dostawa, montaż i uruchomienie instalacji OZE w ramach Projektu pn: OZE dla mieszkańców gmin SZGiM.*

Izba oceniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy EkoEnergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie spełniania przez urządzenia normy PN-EN 62716:2013/2014 uznała, że zarzut potwierdził się w zebranych materiałach dowodowych. Zgodnie z pkt 3.7 SIWZ szczegółowe wymagania dotyczące standardów jakościowych zostały określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik do SIWZ, co strony nie kwestionowały. Zgodnie z tym dokumentem Zamawiający (po modyfikacji) wymagał aby urządzenia wchodzące w skład instalacji były odporne na amoniak i korozję zgodnie z normą IEC 62716:2013/AC1:2014. Zamawiający twierdził jednak, że informacja ta nie ma istotnego wpływu na prowadzone postępowanie bo w tym przypadku nie mamy do czynienia z dostawami tylko robotami. Zamawiający w programie funkcjonalno-użytkowym określił minimalne standardy, które będą musiały spełniać wymagane instalacje a Zamawiający w specyfikacji wskazał, że nie będzie żądał tych dokumentów (dokumentów na potwierdzenie postawionych wymagań dotyczących normy) - powyższe miało być badane wyłącznie na podstawie oświadczenia. Zamawiający na zadawane pytania wykonawców udzielał odpowiedzi, że będzie wymagał tych dokumentów na etapie realizacji. Izba nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego. Jak wynikało z dokumentacji Zamawiający dwukrotnie

wzywał wykonawcę o wyjaśnienia w dniach: 18 oraz 24 lipca 2019 r, próbując ustalić czy zaproponowane moduły posiadają wymagane certyfikaty.

Zatem istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu miały czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający wzywał wykonawcę o wyjaśnienia czy zaproponowane moduły Sunlink SL220-20P270 posiadają certyfikat IEC 62716? Wykonawca wraz wyjaśnieniami miał złożyć dowody potwierdzające spełnienie warunków opisu przedmiotu zamówienia. Nie można zgodzić się z Zamawiającym bagatelizującym czynności dokonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Owszem korespondencja Odwołującego uprawdopodobniła, że wymagania wskazanej normy nie zostały wykazane – jak w wezwaniu żądał tego Zamawiający, niemniej jednak – na co zwrócił uwagę sam Odwołujący - Zamawiający w sposób skrótowy wezwał wykonawcę EkoEnergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach o wyjaśnienia czy urządzenia spełniają posiadają certyfikat IEC 62716?, nie podając jednocześnie numeru normy, zgodności z którą wymagał Zamawiający. Trudno też zatem w tym stanie faktycznym uznać, że wykonawca poprzez złożone wyjaśnienia nie potwierdził spełnienia wymagań, skoro wezwanie w swej treści było nieprecyzyjne. Jak wynika z orzecznictwa KIO – niezgodność treści oferty z SIWZ nie może opierać się na wątpliwościach, Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy musi mieć pewność, że ta niezgodność w treści oferty występuje. W konsekwencji uznać należało, że skoro wezwanie dotyczyło skrótowo normy 62716 to nie można – wobec złożonego materiału dowodowego – uznać że oferta wykonawcy EkoEnergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach była niezgodna z SIWZ. Odnosząc się jeszcze do korespondencji Zamawiającego – próbującego ustalić czy złożone przez wykonawcę EkoEnergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach certyfikaty są właściwe – należało uznać że wobec postawionego przez Zamawiającego pytania nie została udzielona odpowiedź co do zgodności oferowanych urządzeń ze wskazaną normą a jedynie, że certyfikaty są aktualne i autentyczne. Nie udzielono Zamawiającemu odpowiedzi czy wskazany certyfikat odpowiada normie 62716: 2013/2014? Wobec powyższego – biorąc pod uwagę wskazane okoliczności – jak również to że Zamawiający zdecydował się na wyjaśnienie niniejszej okoliczności, biorąc pod uwagę również treść wezwania Zamawiającego należało uwzględniając odwołanie nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy zaproponowane moduły Sunlink SL220-20P270 posiadają certyfikat IEC 62716: 2013/2014 spełniający wymagania PFU wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba uznała, że na tym etapie postępowania stwierdzenie niezgodność oferty z SIWZ oraz w konsekwencji wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp byłoby przedwczesne – w szczególności wobec nakazania Zamawiającemu ponownego wezwania o wyjaśnienia. Izba nakazała Zamawiającemu ponowne wezwanie o wyjaśnienia – wobec niejasności jego treści co do normy roku – z którego miała ona pochodzić. Podobnie wezwanie z dnia 18 lipca 2019 r. było w swej treści wezwaniem ogólnym, odnoszącym się do wykazania spełniania wymagań PFU w ramach wszystkich wymienionych w dokumentacji norm i certyfikatów. Powyższe (treść wezwania Zamawiającego) miało istotny wpływ na ocenę – czy zaproponowane moduły spełniają wymagania Zamawiającego i czy oferta spełnia wymagania Zamawiającego.

Konkludując, - Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Ekoenergia Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....