

POSTANOWIENIE
z dnia 17 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ernest Klauziński
Anna Katarzyna Wojciechowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 17 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2021r.

przez odwołującego: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. 95-200 Pabianice, Kudrowice 12, w postępowaniu powadzonym

przez zamawiającego: Gmina Lipusz 83-424 Lipusz, ul. Wybickiego 27

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego: Pro-eco Sp. z o.o. 81-525 Gdynia, Al. Zwycięstwa 245/7

postanawia :

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę** FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. 95-200 Pabianice, Kudrowice 12 tytułem zwrotu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 540/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa odnawialnych źródeł energii w gminie Lipusz i gminie Nowa Karczma - instalacje fotowoltaiczne”. Numer postępowania: RG.271.19.2020

Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 227-556477

Odwołanie zostało złożone wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty.

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zwanej dalej p.z.p./ustawa wniesiono odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Pro-Eco sp. z o.o., oraz zaniechania odrzucenia tejże oferty w postępowaniu na budowę odnawialnych źródeł energii w gminie Lipusz i gminie Nowa Karczma - Instalacje fotowoltaiczne.

Zamawiającemu zarzucono:

naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej d.p.z.p.) w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej p.w.u.p.z.p.) poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Pro-Eco sp. z o.o. w sytuacji, w której jest ona niezgodna z SIWZ, ustawą oraz zawiera rażąco niską cenę,

II. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.u.p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Eco sp. z o.o. podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ w zakresie w jakim zaoferowane falowniki produkcji Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd o nazwach BNT003KTL, BNT006KTL, BNT010KTL oraz BNT015KTL nie spełniają warunków opisu przedmiotu zamówienia określonych w

a. punkcie 2.5.2 OPZ,

b. punkcie 4.1.2. projektu PV,

a przedstawione przez Wykonawcę Pro - Eco sp. z o.o. dokumenty nie potwierdzają zgodności oferowanych dostaw lub zostały potwierdzone przez dystrybutora tychże urządzeń nie posiadającego umocowania producenta,

III. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.u.p.z.p. w zw. z art. 5 i 6 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku w zw. z art. 30 ust. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady NR 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 339/93 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro - Eco sp. z o.o. w sytuacji, w której w ofercie tej Wykonawca deklaruje realizację zamówienia z użyciem urządzeń (falowników), które nie zostały poddane ocenie zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/35/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej, co uniemożliwia ich wprowadzenie do obrotu na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

IV. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 d.p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.u.p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Eco sp. z o.o. będące skutkiem błędnej i dowolnej

oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielonych na wezwanie Zamawiającego przez tego Wykonawcę, w sytuacji, w której złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie przedstawionej szczegółowej kalkulacji ceny nie obejmują zastosowania rozwiązań technicznych określonych wymogami punktu 1.5.4 oraz 5.1.5. OPZ, co wskazuje na to, że zaferowana cena ma charakter dumpingowy,

V. naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 1 p.w.u.p.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:

/. uwzględnienie odwołania,

//. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

III. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Pro-Eco sp. z o.o. nadto, odwołujący wnosi o:

V. orzeczenie na rzecz odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,

VII. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

VIII. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu BHP ze specjalizacją w zakresie certyfikacji wyrobów na znak CE oraz oceny zgodności z wymogami dyrektyw UE i norm zharmonizowanych (biegłi o takiej specjalizacji znajdują się na liście biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie) na okoliczność:

- czy w razie zmiany konstrukcji falownika poprzez montaż chłodzenia aktywnego w formie wentylatora w miejsce chłodzenia pasywnego konwekcyjnego jest zmianą konstrukcji urządzenia uzasadniającymi przeprowadzenie nowego badania w zakresie zgodności

- z normami EN 50549-1, EN 50549-2,

- z wymogami dyrektywy UE 2014/35/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej?

- czy w razie zmiany konstrukcji falownika, w wyniku której zmienia się zakres temperatury pracy koniecznym jest przeprowadzenie nowego badania w zakresie zgodności

- z normami EN 50549-1, EN 50549-2,.

- z wymogami dyrektywy UE 2014/35/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej?

- czy w razie zmiany przez producenta zakresu temperatury pracy dotychczasowy certyfikat nr 200300616SHA-V3 może potwierdzać zgodność urządzenia z normami EN 50549-1, EN 50549-2?

- czy falowniki produkcji Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd, które nie zostały poddane wyżej określonym badaniom, powinny zostać poddane przedmiotowym badaniom przed wprowadzeniem na rynek Europejskiego Obszaru Gospodarczego?

VII. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na budowę odnawialnych źródeł energii w gminie Lipusz i gminie Nowa Karczma - Instalacje fotowoltaiczne.

Izba ustaliła, co następuje:

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane odwołującej się w dniu 8 lutego 2021 roku. W związku z powyższym dziesięciodniowy termin o którym mowa w art 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 18 lutego 2021 r., co powyższe nastąpiło.

W dniu 22 luty 2021r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Pro-eco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w terminie trzech dni, licząc od dnia 19 lutego 2021, w którym to dniu zamawiający przesłał pocztą elektroniczną kopię odwołania. Zatem zgodnie z dyspozycją art. 525 ust.1 PZP termin zgłoszenia przystąpienia upływa w dniu 22 lutego 2021 roku, co powyższe nastąpiło.

W dniu 3 marca 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie na Epuap, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

W dniu 05.03.2021r. przystępujący po stronie zamawiającego został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w trybie art.508 ustawy do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania.

Wyznaczony termin przystępującemu po stronie zamawiającego, 3 dni na oświadczenie co do wniesienia sprzeciwu na uwzględnienie odwołania, upłynął bezskutecznie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden

wykonawca. W przedmiotowej sprawie po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca, który w wyznaczonym terminie nie wniósł sprzeciwu. W takim przypadku zamawiający, wskutek umorzenia postępowania odwoławczego, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Podsumowując Izba ustaliła i zważyła, o zaistnieniu wszystkich przesłanek, o których mowa w przepisach ustawy tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości i zgłaszający się do postępowania uczestnik po stronie zamawiającego, pomimo wezwania nie złożył sprzeciwu, z tego względu postępowanie odwoławcze należało umorzyć, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a 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) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, a Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu uiszczanego wpisu w wysokości 15 000zł., o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji orzeczenia.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....