

Sygn. akt: KIO 1091/20

POSTANOWIENIE
z dnia 8 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 8 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2020 r. przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę i Miasto Kozięglowy**,

przy udziale wykonawcy **INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1091/20 po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty 18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina i Miasto Kozięgłowy [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę ogniw fotowoltaicznych i pomp ciepła na terenie Gmin Kozięgłowy i Siewierz celem poprawy, jakości powietrza poprzez zwiększenie udziału OZE w wytwarzaniu energii* (znak postępowania: RIGK. 271.08 .2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 maja 2018 r. pod numerem 2018/S 100-227641.

W dniu 18 maja 2020 r. wykonawca Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie w dniu 7 maja 2020 r. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję polegającej na:

1) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 1 do Części nr 1 Postępowania - usunięciu wymogu z pozycji nr 18 w Tabeli z rozdziału 2 ust. 2.1.5 PFU Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla instalacji fotowoltaicznych, stanowiącego załącznik do SIWZ, a zaktualizowanego dnia 6 kwietnia 2020 r. [dalej: „PFU”], tj. „Inwertera posiadającego możliwość sterowania pracą jednego urządzenia np. za pomocą styku bez potencjałowego, grzałki elektrycznej”;

2) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 23 do Części nr 2 Postępowania - wymogu zaoferowania pompy ciepła posiadającej wyświetlacz LCD wbudowany w pompę;

3) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 4 do Części nr 1 Postępowania - wymogu zaoferowania modułów o liczbie ogniw nie większej niż 60;

4) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 6 do Części nr 1 Postępowania - wymogu zaoferowania modułów o napięciu i prądzie V_{mpp} , I_{mpp} , V_{oc} , I_{sc} , mieszczących się w zakresie:

Napięcie maksymalne V_{mpp} 32,3V - 32,91V zakres

Prąd maksymalny I_{mpp}	8,35A – 9,7A zakres
Napięcie jałowe V_{oc}	39,1V – 40,4V zakres
Prąd zwarciovowy I_{sc}	9,81A – 10,21A zakres

5) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 7 do Części nr 1 Postępowania - wymogu współczynników temperaturowych podając ich wartości w mA/K i mV/K odpowiednio dla współczynnika prądu I_{sc} i napięcia V_{oc} ;

6) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 8 do Części nr 1 Postępowania - wymogu zaoferowania modułów o ramie nie mniejszej niż 40mm;

- co w konsekwencji doprowadziło do postawienia – w zakresie oczekiwanego do zaoferowania i zrealizowania przedmiotu zamówienia - wymogów nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, co zatem będzie skutkowało nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji, nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych;

2. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 29 ust. 3 oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie w dniu 7 maja 2020 r. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję polegającej na:

1) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 1 do Części nr 1 Postępowania - usunięciu wymogu pozycji nr 18 w Tabeli z rozdziału 2 ust. 2.1.5 PFU PFU dla instalacji fotowoltaicznych, stanowiącego załącznik do SIWZ, a zaktualizowanego dnia 6 kwietnia 2020 r., tj. „Inwertera posiadającego możliwość sterowania pracą jednego urządzenia np. za pomocą styku bez potencjałowego, grzałki elektrycznej”;

2) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 23 do Części nr 2 Postępowania - wymogu zaoferowania pompy ciepła posiadającej wyświetlacz LCD wbudowany w pompę;

3) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 4 do Części nr 1 Postępowania - wymogu zaoferowania modułów o liczbie ogniw nie większej niż 60;

4) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 6 do Części nr 1 Postępowania - wymogu zaoferowania modułów o napięciu i prądzie V_{mpp} , I_{mpp} , V_{oc} , I_{sc} , mieszczących się w zakresie:

Napięcie maksymalne V_{mpp}	32,3V - 32,91V zakres
Prąd maksymalny I_{mpp}	8,35A – 9,7A zakres
Napięcie jałowe V_{oc}	39,1V – 40,4V zakres
Prąd zwarciovowy I_{sc}	9,81A – 10,21A zakres

5) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 7 do Części nr 1 Postępowania - wymogu współczynników temperaturowych podając ich wartości w mA/K i mV/K odpowiednio dla współczynnika prądu I_{sc} i napięcia V_{oc} ;

6) odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 8 do Części nr 1 Postępowania - wymogu zaoferowania modułów o ramie nie mniejszej niż 40mm;

- ze względu na niedopuszczenie rozwiązań równoważnych, podczas gdy przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie określonej technologii (procesu), który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnych wykonawców, co powoduje niedopuszczalność zaoferowania rozwiązań nowocześniejszych (równoważnych), a ze względu na upływ długiego okresu czasu od wszczęcia postępowania powoduje znaczne ograniczenie kręgu wykonawców mogących złożyć oferty w Postępowaniu;

3. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie w dniu 7 maja 2020 r. ww. modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który sprawił, że opis przedmiotu stał się niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, w szczególności w związku z postanowieniem § 17 ust. 3 lit. a tiret trzy Projektu umowy (stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ), co powoduje niedopuszczalność zaoferowania rozwiązań nowocześniejszych (równoważnych), a ze względu na upływ długiego okresu czasu od wszczęcia postępowania powoduje znaczne ograniczenie kręgu wykonawców mogących złożyć oferty w postępowaniu, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez dokonanie zmiany odpowiedzi na pytania w Wyjaśnieniach SIWZ z dnia 7 maja 2020 r.:

1. odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 1 do Części nr 1 Postępowania - poprzez przywrócenie pełnej treści usuniętego postanowienia z pozycji nr 18 w Tabeli z rozdziału 2 ust. 2.1.5 PFU tj.: *„Inwerter posiadający możliwość sterowania pracą jednego urządzenia np. za pomocą styku bez potencjałowego, grzałki elektrycznej”*;

2. odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 23 do Części nr 2 Postępowania - poprzez zmianę postanowień SIWZ w następujący sposób: *„Sterownik pompy ciepła z wyświetlaczem LCD, z możliwością jego montażu zarówno na pompie ciepła, jak i w pomieszczeniach mieszkalnych”*;

3. odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 4 do Części nr 1 Postępowania - poprzez zmianę postanowień SIWZ w następujący sposób: *„Liczba ogniw: min. 60 ogniw”*;

4. odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 6 do Części nr 1 Postępowania - poprzez zmianę postanowień SIWZ w następujący sposób:

„Napięcie maksymalne V_{mpp} : min. 32,3V

Prąd maksymalny I_{mpp} : min. 8,35A

Napięcie jałowe Voc: min. 39,1V

Prąd zwarciovowy Isc: min. 9,81 A”;

5. odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 7 do Części nr 1 Postępowania - poprzez zmianę postanowień SIWZ poprzez podanie wartości współczynników temperaturowych Voc i Isc w jednostce %/K tj.:

„Voc w zakresie od 0 do -0,29%/K,

Isc w zakresie od 0 do +0,05%/K. ”;

6. odnośnie odpowiedzi na Pytanie nr 8 do Części nr 1 Postępowania - poprzez zmianę postanowień SIWZ, tj. zmianę parametru ramy modułu na: *„Wysokość ramy modułu min. 35mm”.*

- wględnie w inny sposób zapewniający zachowanie zasad określonych w art. 29 ustawy Pzp.

W dniu 22 maja 2020 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawcy, który stał się tym samym uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 6 lipca 2020 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą elektroniczną pismo, w którym oświadczył, że cofa w całości odwołanie z dnia 18 maja 2020 r.

Wobec powyższych ustaleń Izba wskazuje, że na skutek cofnięcia odwołania wystąpiły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Cofnięcie odwołania jest nieograniczonym uprawnieniem odwołującego do czasu zamknięcia rozprawy. Tym samym skuteczne cofnięcie odwołania znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem.

W takim przypadku, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego i orzeczenia o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

W tym stanie rzeczy Izba – zgodnie z przepisem art. 187 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp – postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze.

Ponadto zgodnie z art. 187 ust. 8 zd. drugie ustawy Pzp oraz na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego w wysokości 20 000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: