

Sygn. akt KIO 1495/20

POSTANOWIENIE
z dnia 11 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2020 r. przez **Pro - Eco sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gminę Lubowidz**

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Pro - Eco sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. zasądza od **Pro - Eco sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni** na rzecz **Miasta i Gminy Lubowidz** kwotę **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto i Gmina Lubowidz - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie „Odnawialne źródła energii w Gminie Lubowidz – część I”. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2020r. pod nr 537431-N-2020.

W dniu 3 lipca 2020r. Odwołujący - Pro - Eco sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 29 ust. PZP poprzez niejednoznaczny oraz niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. art. 7 ust. 1 PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez uniemożliwienie zainteresowanemu wykonawcy złożenia oferty z prawidłowo wyliczoną ceną.
3. art. 92 ust. 1 PZP w związku z art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy postępowanie jest obciążone wadą niemożliwą do usunięcia i podlega unieważnieniu,
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części I.

Ponadto, Odwołujący wniósł o:

1. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej się uzasadnianych kosztów niniejszego postępowania odwoławczego,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.
3. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odnawialne źródła energii w Gminie Lubowidz”.

Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, bowiem czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej została podjęta 30 czerwca 2020r. Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą aktywnie działającym na rynku instalacji fotowoltaicznych, natomiast precyzyjny opis przedmiotu zamówienia umożliwiłby jej złożenie oferty z prawidłowo wyliczoną ceną, a tym samym umożliwiłby pozyskanie zamówienia do realizacji. Podkreślił, iż poza brakiem możliwości wyliczenia prawidłowej ceny ofertowej, opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał jaką stawkę VAT (przy danej nieruchomości) należy zastosować przy wyliczaniu ceny ofertowej, w szczególności, że to kwota BRUTTO stanowiła kryterium oceny ofert. Powyższa okoliczność skutkuje szkodą dla Odwołującego spowodowaną naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP - co wypełnia materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 PZP.

Odwołujący wskazał, że opublikowany opis przedmiotu zamówienia nie zawiera kluczowych informacji umożliwiających prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej, albowiem nie określa poszczególnych mocy instalacji fotowoltaicznych objętych przedmiotem zamówienia (np. 5 instalacji po 5 kW, 4 instalacje po 3 kW itd.), tym samym wykonawcy przystępujący do przetargu nie mają wiedzy, czy Zamawiający wymaga np. 37 szt. instalacji po -9,54 kW, czy 35 instalacji po -7,22 kW i 2 instalacje po -50 kW itd. Należy przy tym wskazać, iż w przypadku instalacji do 3,68 kW możliwe jest zastosowanie inwerterów jednofazowych, natomiast w przypadku instalacji powyżej 3,68 kW należy obowiązkowo zastosować inwerter trójfazowy. PRO-ECO sp. z o.o. zaznacza, iż różnica cenowa dotycząca samego inwertera (nie wspominając o pozostałych podzespołach instalacji m.in. o zabezpieczeniach) pomiędzy zastosowaniem inwertera jedno a trójfazowego może wynosić nawet 1.000,00 zł. Co więcej, pomimo że Zamawiający wskazał, iż wymaga montażu instalacji fotowoltaicznych o łącznej mocy 352,89 kW, nie podał, na jakiej podstawie wyliczył ich łączną moc. Ponadto,

Zamawiający nie określił, czy dana nieruchomość jest obiektem mieszkalnym, czy użyteczności publicznej - w zależności od jej przeznaczenia należy zastosować 8% bądź 23% stawkę VAT. Bez powyższych danych nie jest możliwe określenie ceny ofertowej BRUTTO, która stanowiła kryterium oceny ofert

Przepisy ustawy PZP nakładają na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania z należytą starannością, a więc tak, by uniknąć wszelkich niejasności, w związku z czym Inwestor obowiązany jest formułować opis przedmiotu zamówienia w sposób jak najbardziej precyzyjny. Wskazać należy, iż Zamawiający weryfikując zgłaszane przez wykonawców problemy (pismo Odwołującej się z dnia 20 maja 2020 roku, które zostało pozostawione przez Zamawiającego bez odpowiedzi), jest w stanie podjąć odpowiednie środki zaradcze, które nie doprowadzą do unieważnienia postępowania. Powyższe wymaga zaangażowania ze strony Zamawiającego i obiektywnej kooperacji z wykonawcami, zaś brak wspomnianej kooperacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy PZP - co miało miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że w sytuacji, kiedy termin składania i otwarcia ofert upłynął - niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia niewątpliwie stanowi nieusuwalną wadę, albowiem niemożliwe jest wówczas wprowadzanie zmian w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2010 roku postępowanie obarczone jest błędem mającym wpływ na jego wynik m.in. w sytuacji braku możliwości jednakowej oceny przedmiotu zamówienia w złożonych ofertach, a w dalszej kolejności wyboru najkorzystniejszej oferty - co w realiach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma miejsce (por. wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2010 roku - sygn. akt. KIO 982/10).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania w całości, względnie jego oddalenie. Zdaniem Zamawiającego odwołanie na czynność opisaną przedmiotem zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący jest wniesione po terminie. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) a więc także dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, co w tym przypadku miało miejsce dnia 7 maja 2020r. Termin na wniesienie odwołania na postanowienia SIWZ upłynął w dniu 12 maja 2020r.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp czynności dotyczące prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji przez uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty z prawidłowo wyliczoną ceną oraz zaniechania

unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mieszczą się w katalogu czynności lub zaniechań, na które wykonawcy mogą wnieść odwołanie.

Odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp mieści się w katalogu czynności, na które przysługuje odwołanie, jednakże Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, nie wykazał interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Argumentacja Odwołującego opiera się na twierdzeniu, że unieważnione postępowanie zostanie ponownie ogłoszone i Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę. Rozumowanie to jest jednak błędne, gdyż Zamawiający nie ma obowiązku wszczynać nowego postępowania, w związku z tym Odwołujący nie może mieć pewności, że będzie miał możliwość złożenia oferty w nowym postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że cała argumentacja Odwołującego opiera się na zaniechaniu unieważnienia postępowania z powodu błędnego opisu przedmiotu zamówienia, czyli z powodu czynności, na którą termin wniesienia odwołania upłynął w dniu 12 maja 2020r. Odnosząc się do zasadności samego unieważnienia postępowania, Zamawiający zauważył, że postępowanie nie jest obarczone wadą, opis przedmiotu zamówienia był sporządzony prawidłowo, na co wskazują ceny złożonych ofert (niewielkie różnice cenowe) a ewentualna umowa, zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania nie podlega unieważnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego z udziałem stron, w oparciu do dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, ustaliła co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a jego wartość jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP (poniżej progów unijnych). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2020r. pod nr 537431-N-2020.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Pzp poprzez niejednoznaczny oraz niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez uniemożliwienie zainteresowanemu wykonawcy złożenia oferty z prawidłowo wyliczoną ceną.

3. art. 92 ust. 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy postępowanie jest obciążone wadą niemożliwą do usunięcia i podlega unieważnieniu,
4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący domagał się unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części I.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp w zakresie zarzutów dotyczący niejednoznacznego, niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania unieważnienia postępowania.

Zarzuty i argumentacja przedstawiona w odwołaniu sprowadzają się do stwierdzenia, że poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty z prawidłowo wyliczoną ceną zachodzi konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby, podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia:

1. art. 29 ust.1 Pzp polegający na niejednoznacznym oraz niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz
2. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez uniemożliwienie zainteresowanemu wykonawcy złożenia oferty z prawidłowo wyliczoną ceną

są na tym etapie postępowania - po wyborze oferty najkorzystniejszej - zarzutami spóźnionymi.

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp mogą być skutecznie podnoszone w ustawowym terminie liczonym od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. W tym postępowaniu czynność zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej miały miejsce w dniu 7 maja 2020r. Zatem od tej daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania na niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, Odwołujący w dniu 20 maja 2020r., a zatem jeszcze przed terminem składania ofert, zwracał się do Zamawiającego o zmianę/ uzupełnienie treści SIWZ oraz wskazywał na okoliczności uniemożliwiające złożenie oferty z prawidłowo wyliczoną ceną. Jednak nie skorzystał w ustawowym terminie ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Zwrócenie się do Zamawiającego z pismem z dnia 20 maja 2020r. świadczy dodatkowo o tym, że Odwołującemu jeszcze przed terminem składania ofert znane były okoliczności niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, które w jego ocenie uniemożliwiały prawidłową kalkulację ceny oferty i które aktualnie stały się podstawą do wniesienia odwołania.

Izba podkreśla, że terminy wyznaczone ustawą na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter terminów zawitych i nie podlegają przywróceniu. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów i stanowi przeszkodę do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, opisanego w pkt 4 petitum odwołania, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp. Ta sama przesłanka odrzucenia odwołania zachodzi w zakresie zarzutu, wskazanego w pkt 3 petitum odwołania tj. naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia i podlega unieważnieniu. Odwołujący w treści odwołania nie podnosił żadnych merytorycznych przesłanek dotyczących zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza czy zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp sprowadza się w istocie do zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i takie jest jedyne żądanie Odwołującego, wskazane w odwołaniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp w brzmieniu po nowelizacji z 22 czerwca 2016r. Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 Pzp wskazano wyraźnie, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2. określenia warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4. odrzucenia oferty odwołującego;
5. opisu przedmiotu zamówienia;
6. wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołanie dotyczące zaniechania unieważnienia postępowania nie mieści się w katalogu czynności wymienionych enumeratywnie w art. 180 ust. 2 Pzp. W szczególności - wbrew temu co twierdzi Odwołujący - nie można uznać, że pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć także zaniechanie unieważnienia postępowania.

Przywoływane przez Odwołującego w toku posiedzenia przed Izbą orzeczenia sądów okręgowych dotyczyły powstałych po wejściu w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016r. wątpliwości co do tego czy w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się także zaniechanie wykluczenia wykonawcy i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

wybranego. Ostatecznie rozbieżność ta została wyjaśniona w uchwale SN z dnia 17 listopada 2017r. sygn. III CZP 58/17, który stwierdził, że pod pojęciem „wybór najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć wszystkie czynności i zaniechania, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej. Poza sporem jest to, że zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mieści się w katalogu czynności określonych w art. 180 ust. 2 Pzp, a zatem w tym przypadku w postępowaniach poniżej progów unijnych odwołanie nie przysługuje.

Z tych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. drugie, postanowiono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 000zł, zgodnie z załączonym do akt rachunkiem.

Przewodniczący:

.....