

Sygn. akt: KIO 1766/15

POSTANOWIENIE
z dnia 26 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 26 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015r. przez **wykonawcę Energia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Karłowicza 9 lok. 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Daszyna z siedzibą w Daszynie 34A**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Energia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Karłowicza 9 lok. 1 kwoty 9 000zł. 00 gr. (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych dotyczących: „Budowa mikroinstalacji prosumenckich wykorzystujących odnawialne źródła energii - budowa instalacji PV na terenie Gminy Daszyna" zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 lipca 2015r. za numerem 2015-165674.

W dniu 12 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Wachelka Inergis Spółka Akcyjna z siedzibą w Częstochowie, ul. Kisielewskiego 18/28 oraz m. in. o odrzuceniu oferty wykonawcy Energia Polska Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Rakowicka 65, której następcą prawnym jest Energia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Karłowicza 9 lok. 1 – zwana dalej odwołującym na podstawie art. 89n ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605- dalej ustawy) w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż złożona przez odwołującego oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu związanych z parametrami technicznymi i cechami zastosowanych urządzeń – panele fotowoltaiczne. W uzasadnieniu czynności zamawiający podał, że w karcie katalogowej odwołujący nie potwierdził następujących parametrów:

- obciążenie strony przedniej – min. 5400 N/m²,
- otwory odwadniające w ramie,
- pozytywny test solny zgodny z normą IEC 61701. Ponadto zamawiający zauważył, że w załączniku nr 8 Wykaz wykonanych robót budowlanych lp. b) oraz załączonych referencjach brak jest jednoznacznego wskazania, że w ramach zadania wykonano przynajmniej jedną instalację o mocy minimum 10 kWp, co było warunkiem udziału w postępowaniu.

W dniu 17 sierpnia 2015r. odwołujący wniósł odwołanie od:

- a) czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- b) zaniechania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub / i wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,
- c) zaniechania czynności dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na

podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 sierpnia 2015r. udzielonego przez jedyne go członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 17 sierpnia 2015r.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący postawił następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,
- b) zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub / i wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,
- c) zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego,
- b) wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub / i wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów/ o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,
- c) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to nie dokonałby odrzucenia oferty odwołującego, lecz zastosowałby procedury określone w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, w efekcie czego dokonałby wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Poprzez zaniechanie czynności wskazanych w odwołaniu zamawiający doprowadził zatem, w ocenie odwołującego, do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, jaki odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), Rozdział 2 pkt 3 siwz zamieścił następujące wymaganie:

Zamawiający wymaga, aby w kosztorysie ofertowym wskazać typ i producenta następujących zastosowanych materiałów i urządzeń: panele fotowoltaiczne

Zastosowane (wszystkie) urządzenia muszą spełniać wymagania projektowe zamawiającego (jeśli zostały wskazane).

Parametry techniczne i cechy, jakie muszą posiadać zastosowane urządzenia tj.: panele fotowoltaiczne (w przypadku zastosowania urządzeń zamiennych w stosunku do przyjętych w dokumentacji projektowej istotne dla zamawiającego i decydujące o zachowaniu równoważności:

Zamawiający wymaga aby oferowane fotoogniwa po upływie 12 lat zachowywały nie mniej niż 90% swojej sprawności;

Moc nominalna min. 250W;

Sortowanie pozytywne;

Napięcie nominalne min. V_{mpp} -30.55V;

Prąd nominalny I_{mpp} - min. 8.17A;

Prąd zwarcia I_{sc} - min. 8,64A;

Ciężar max 20 kg;

Obciążenie strony przedniej - min.5400 N/m²;

Rama anodowana;

Powłoka tylna wielowarstwowa-wodoodporna;

Otwory odwadniające w ramie;

Pozytywny test solny zgodny z normą IEC 61701.

Wszystkie powyższe parametry muszą zostać potwierdzone kartą katalogową lub innym oficjalnym dokumentem wystawionym przez producenta.

Z zawiadomienia zamawiającego o odrzuceniu oferty wynika, że odwołujący w karcie katalogowej nie potwierdził trzech parametrów technicznych:

- Obciążenie strony przedniej - min.5400 N/m²;
- Otwory odwadniające w ramie;
- Pozytywny test solny zgodny z normą IEC 61701.

Odwołujący abstrahując od tego, iż karty katalogowe są dokumentami standardowymi tj. zawierającymi ogólne informacje o produkcie, nie zaś dokumentami wydawanymi każdorazowo do danego postępowania przetargowego i pod konkretne wymagania zamawiającego opisane w treści siwz, podniósł, iż karty katalogowe są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem, „Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.”

Odwołujący podniósł zatem, że do karty katalogowej, z powodu której zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego, mają wprost zastosowanie przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Dopiero po skorzystaniu przez zamawiającego z procedury uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy) i procedury wyjaśnień treści złożonych dokumentów (art. 26 ust. 4 ustawy) zamawiający uprawniony jest do odrzucenia danej oferty, jeżeli dokonane przez wykonawcę uzupełnienia czy wyjaśnienia są niewystarczające bądź w inny sposób wadliwe. W niniejszym postępowaniu zamawiający nie wyczerpał ustawowych procedur i przedwcześnie oraz w sposób nieuzasadniony dokonał odrzucenia oferty odwołującego. Jeżeli złożona przez odwołującego karta katalogowa nie potwierdzała wszystkich parametrów technicznych wymaganych przez zamawiającego w siwz, zamawiający winien był, zdaniem odwołującego, bezwzględnie wezwać odwołującego do uzupełnienia prawidłowej karty katalogowej lub innego oficjalnego dokumentu wystawionego przez producenta bądź do złożenia wyjaśnień w zakresie faktycznie posiadanych parametrów przez oferowane panele fotowoltaiczne. Nic takiego jednak nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem dokonanie odrzucenia oferty odwołującego należy zdecydowanie potraktować jako przedczesne, nieuzasadnione i naruszające przepisy art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Analogiczna sytuacja do opisanej powyżej ma, w ocenie odwołującego, miejsce w odniesieniu do zawartych w piśmie z dnia 12.08.2015 r. twierdzeń zamawiającego o niespełnieniu przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli bowiem zamawiający miał wątpliwości co do tego, czy w ramach zadania opisanego w Wykazie robót budowlanych i referencji wykonano jedną instalację o mocy minimum 10 kWp, miał on, zdaniem odwołującego, obowiązek wszczęcia w stosunku do odwołującego procedury uzupełnienia dokumentów lub procedury wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Także w odniesieniu do tej okoliczności, zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w zawiadomieniu z dnia 12 sierpnia 2015 r. kwestionuje okoliczność rzekomego nie wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy nigdy nie dokonał on wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Taka czynność zamawiającego nie wynika bynajmniej z zawiadomienia zamawiającego otrzymanego w dniu 12 sierpnia 2015 r.

Jedynie na marginesie odwołujący zwraca także uwagę, że przepisy nie precyzują dokładnie treści dokumentu obejmującego referencję. Zamawiający nie może żądać w dokumentach referencyjnych potwierdzenia wykonania niczego więcej ponad potwierdzenie, że roboty zostały wykonane prawidłowo, należyście, czy zgodnie ze sztuką. Tytułem przykładu odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07, wyrok z dnia 7 września 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1092/09.

Odwołujący podkreślił, iż nie otrzymał ustawowej możliwości, nadanej postanowieniami art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, do uzupełnienia kwestionowanych przez zamawiającego dokumentów zarówno „przedmiotowych”, jak i „podmiotowych” bądź możliwości złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Działanie zamawiającego w tym zakresie pozostaje wprost niezgodne z powołanymi przepisami ustawy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w świetle art. 26 ust. 3 ustawy nie budzi wątpliwości, że przed wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, czy też odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie wad czy braku dokumentów „przedmiotowych” określonych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, należy wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego, dając „drugą szansę” na wykazanie ich spełnienia. Bez takiego wezwania wykluczenie wykonawcy czy też odrzucenie oferty nie jest możliwe, na co konsekwentnie zwraca się uwagę w orzecznictwie KIO. Przykładowo, odwołujący wskazał na wyrok z dnia 21 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1375/13. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszej sprawie zamawiający przedwcześnie i bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty odwołującego. W sytuacji zastosowania procedur określonych w art. 26 ust. 3 i/lub 4 ustawy, do czego zamawiający miał obowiązek, za najkorzystniejszą ofertę powinna zostać uznana oferta odwołującego.

W dniu 19 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 sierpnia 2015r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane tak jak odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: