

Sygn. akt: KIO 49/20

POSTANOWIENIE
z dnia 22 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 22 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2020 r. przez wykonawcę – **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej przy ul. Majora Hubala 157 (95-054 Wola Zaradzyńska)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Jabłonna** z siedzibą w miejscowości Jabłonna-Majątek pod numerem 22 (23-114 Jabłonna)

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

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 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Jabłonna zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Jabłonna w ramach projektu „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Jabłonna - instalacje fotowoltaiczne”* (znak sprawy: ZP.271.17.2019), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2019 r., pod numerem 2019/S 185-450048.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej zwany dalej: „odwołującym” w dniu 9 stycznia 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postaci oferty EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty EKO-SOLAR Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez 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;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy EKO-SOLAR Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu albo złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie w jakim zamiast wymaganego w SIWZ certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów zgodności modułów PV z normami PN-EN 61215 i PN-EN 61730-1 lub z normami równoważnymi oraz EN 61730-2 lub równoważną wydaną przez jednostkę certyfikującą oceniającą zgodność zgodnie z art 30b ust. 1 Pzp na wezwanie zamawiającego EKO-SOLAR Sp. z o.o. przedłożył deklarację zgodności WE pochodzącą od producenta modułu, a więc dokument niebędący certyfikatem wydanym przez jednostkę certyfikującą;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EKO-SOLAR Sp. z o.o., która to, oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie niespełniania przez zaofertowane

moduły wymogów wyrażonych w pkt. 1.4.1. projektach budowlano - wykonawczych tj. dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ w postaci maksymalnego obciążenia prądem wstecznym: $\geq 25A$, w sytuacji, gdy z przedłożonej na wezwanie zamawiającego karty zaferowanego modułu wynika, iż maksymalne obciążenie prądem wstecznym (maksymalny bezpiecznik połączenia szeregowego) wynosi 16A;

- 5) 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EKO-SOLAR Sp. z o.o., która to oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie niespełniania przez zaferowane moduły wymogów wyrażonych w pkt. 1.4.1. projektach budowlano - wykonawczych tj. dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ w postaci dodatknej tolerancji mocy modułów $> 5W$, w sytuacji, gdy z przedłożonej na wezwanie zamawiającego karty zaferowanego modułu wynika, iż tolerancja mocy proponowanych modułów wynosi 0 ... + 5Wp;
- 6) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy EKO-SOLAR Sp. z o.o. do złożenia karty katalogowej, certyfikatu lub raportu z testu albo złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie wymogów wyrażonych w pkt. 1.4.1. projektów budowlano - wykonawczych tj. dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ w postaci:
 - a) minimalnej sprawności ogniwa w warunkach STC: 19%;
 - b) zmniejszenia współczynnika wydajności modułu przy nasłonecznieniu $200W/m^2$: $< 4\%$;
 - c) nominalnej temperatury pracy ogniwa (NOCT): $> 42 C$ oraz
 - d) maks. temperatury roboczej: $-40^{\circ}C$ do $+ 85^{\circ}C$

wobec braku potwierdzenia w przedłożonych na wezwanie zamawiającego z dnia 10 grudnia 2019 r. dokumentach spełniania przez zaferowane urządzenia ww. parametrów.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności badania oferty EKO-SOLAR Sp. z o.o. i jej odrzucenie;

z ostrożności procesowej odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty względem EKO-SOLAR Sp. z o.o. i wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;

a ponadto o:

- orzeczenie na jego rzecz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;

- zobowiązanie zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie.

Zamawiający przesłał kopie odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 10 stycznia 2020 r. za pomocą środków komunikacji elektronicznej z wykorzystaniem systemu e-PUAP oraz tego samego dnia drogą elektroniczną na wskazane przez wykonawców w formularzach ofertowych adresy mailowe.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie. Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie przez ww. wykonawcę nie spełniało wymogów formalnych określonych w art. 185 ust. 2 Pzp i jako takie było nieskuteczne. Izba ustaliła, że zamawiający przesłał innym wykonawcom kopie odwołania w dniu 10 stycznia 2020 r. Zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 Pzp *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Jak wynika z powyższego wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, a zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Termin wskazany powyżej jest terminem zawitym, a uchybienie mu skutkuje niedopuszczeniem przystąpienia. Zgodnie z dokumentacją postępowania pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia wpłynęło za pośrednictwem platformy e-PUAP do Prezesa Izby w dniu 14 stycznia 2020 r. (prezentata na piśmie), czyli po terminie wynikającym z ww. przepisu, który upłynął w dniu 13 stycznia 2020 r.

Następnie wykonawca EKO-SOLAR Sp. z o.o. w dniu 15 stycznia 2020 r., także przez platformę e-PUAP złożył pismo zawierające wniosek o „przyjęcie przystąpienia”. Ww. wykonawca wyjaśnił, że z przyczyn dotyczących wyłącznie operatora platformy obejmującej skrzynkę podawczą Izby (skrzynka e-PUAP), zgłoszenie przystąpienia zostało ostatecznie przyjęte dopiero w dniu 14 stycznia 2020 r., choć w dniu 13 stycznia 2020 r. wykonał kilkanaście prób nadania przystąpienia za pomocą skrzynki ePUAP, jak również dział pomocy technicznej związany z obsługą platformy miał problemy z usunięciem błędu i dopiero po kolejnych kilkudziesięciu próbach dnia 14 stycznia 2020 r. udało się skutecznie przesłać pismo o przystąpieniu wraz z załącznikami. Ponadto wykonawca EKO-SYSTEM Sp. z o.o. powołał się na treść wyroku Izby z 1 kwietnia 2015 r. o sygn. akt KIO 530/15, w którym wskazano, że (...) *każdy z wykonawców powinien mieć zapewnioną możliwość przesłania*

odwołania przez cały okres przewidziany w ustawie na jego wniesienie. Taką możliwość przewiduje elektroniczna platforma e-PUAP. W sytuacji, gdy przestanie odwołania poprzez platformę e-PUAP zostaje uniemożliwione z przyczyn dotyczących operatora platformy, Wykonawca powinien mieć możliwość złożenia odwołania bezzwłocznie po naprawieniu platformy. Do pisma wykonawca EKO-SOLAR załączył wydruki komunikatów jakie miały się pojawiać przy próbach złożenia pisma ze zgłoszeniem przystąpienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wykonawca EKO-SYSTEM Sp. z o.o. nie dochował terminu na zgłoszenie przystąpienia, wymaganego w art. 185 ust. 2 Pzp. Po drugie w ocenie Izby ww. wykonawca nie wykazał, że problemy z wysłaniem pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia wynikały z przyczyn dotyczących wyłącznie operatora platformy obejmującej skrzynkę podawczą Izby (skrzynka e-PUAP). Załączniki do pisma z dnia 15 stycznia 2020 r. zawierające wydruki zrzutów z ekranu także nie potwierdzają tej okoliczności. Nie można z nich ustalić w jakim czasie zostały zrobione tj. czy dotyczą terminu, w którym zgłoszenie przystąpienia było prawidłowe tj. w terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp. Ponadto komunikat jaki wynika z tych wydruków wskazuje jedynie, że wystąpił problem z inicjalizacją komponentu kryptograficznego oraz, że należy skontaktować się z pomocą techniczną. Wykonawca EKO-SYSTEM Sp. z o.o. nie wyjaśnił co było powodem takiego komunikatu, a ponadto nie udowodnił okoliczności podnoszonej w piśmie z dnia 15 stycznia 2020 r., że również dział pomocy technicznej związany z obsługą platformy miał problemy z usunięciem błędu, ponieważ na tę okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów pochodzących od operatora platformy. Po trzecie przywołany w piśmie z dnia 15 stycznia 2020 r. wyrok Izby nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie ponieważ jak wynika z uzasadnienia tego orzeczenia odwołujący w tamtej sprawie *przedstawił informację z dnia 19 marca 2015 r. podpisaną przez B. S. z Centrum Projektów Informatycznych, zgodnie z którą: „W związku z wdrażaniem systemu ePUAP2 w dniu 16 marca 2015 r. system ePUAP nie działa prawidłowo, co skutkowało brakiem możliwości wysyłania dokumentów. Ponadto prowadzone prace mogą dodatkowo skutkować obniżoną wydajnością systemu, niekiedy brakiem dostępności spowodowanym pracami w obrębie jednego z ośrodków na których funkcjonuje obecnie system ePUAP.”*. Co oznacza, że odwołujący w tamtej sprawie uzyskał od operatora platformy potwierdzenie problemów z działaniem tej platformy.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę EKO-SOLAR Sp. z o.o. z siedzibą w Wszeradowie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2020 r. przekazał odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp - *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie 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 takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił w skutecznie żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają w postępowaniu poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem przybrało postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, uznając, że znoszą się one wzajemnie. Jednocześnie, mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: