

POSTANOWIENIE
z dnia 9 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 9 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO–TECHNIK D. P. w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tykocin w Tykocinie

przy udziale wykonawcy FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k. w Kudrowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 15. 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) poniesionej z tytułu wpisu od odwołania na rzecz D. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO–TECHNIK D. P. w Białymstoku.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1853 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 Białymstoku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Tykocin w Tykocinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1759 ze zm., dalej jako „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa systemu szybkiej identyfikacji drobnoustrojów. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 lipca 2020 r. pod numerem 334176-2020 r. Wartość zamówienia jest większa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wybrał ofertę FLEXIPOWER Group Sp. z o.o. Sp. k. w Kudrowicach, dalej jako „FLEXIPOWER”, w związku z czym wykonawca D. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRO-TECHNIK D. P. w Białymstoku wniósł odwołanie 12 października 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący wskazał, że odwołanie wnosi wobec zaniechań i podjętych przez zamawiającego czynności związanych z oceną ofert polegających na:

1.1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania FLEXIPOWER ze względu na przedstawienie przez niego informacji, wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie parametru dot. wytrzymałości na obciążenie mechaniczne modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia, który to parametr stanowił kryterium oceny ofert („WM”, waga 10%), a więc informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ewentualnie:

1.2. nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez FLEXIPOWER, związanej z nieuprawnionym przyznaniem ww. wykonawcy maksymalnej ilości punktów (10 pkt.) w kryterium „WM” - wytrzymałość na obciążenie mechaniczne modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia, podczas gdy oferta ta nie powinna uzyskać żadnych punktów w kryterium „WM”, gdyż wykonawca nie wykazał wymaganymi przez zamawiającego dokumentami, by moduł fotowoltaiczny oferowanego urządzenia osiągał wartość równą lub większą niż 8 000 Pa w zakresie przedmiotowego parametru,

Ewentualnie:

1.3. zaniechaniu wezwania FLEXIPOWER do uzupełnienia dokumentów w postaci certyfikatu, potwierdzającego wyniki badań obciążeniem testowym zgodnie z normą IEC 61215, celem potwierdzenia parametru dot. wytrzymałości na obciążenie mechaniczne modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia, który to parametr stanowił kryterium oceny ofert („WM”);

1.4. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez FLEXIPOWER ze względu na zaoferowanie przez wykonawcę *de facto* dwóch różnych modułów fotowoltaicznych (niedopuszczalna oferta wariantowa) oraz niedopuszczalne prowadzenie między wykonawcą a zamawiającym negocjacji

dotyczących złożonej oferty (odnośnie modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia);

1.5. w konsekwencji - dokonaniu wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez FLEXIPOWER;

Odwołujący podniósł zarzuty naruszenia:

2.1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania FLEXIPOWER ze względu na przedstawienie przez tego wykonawcę informacji, wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie parametru dot. wytrzymałości na obciążenie mechaniczne modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia, który to parametr stanowił kryterium oceny ofert („WM”, waga 10%), a więc informacji, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

ewentualnie:

2.2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez FLEXIPOWER na skutek nieuprawnionego przyznania jej maksymalnej ilości punktów (10 pkt.) w kryterium „WM”, podczas gdy oferta ta nie powinna uzyskać żadnych punktów w przedmiotowym kryterium, gdyż wykonawca FLEXIPOWER nie wykazał wymaganymi przez zamawiającego dokumentami, by moduł fotowoltaiczny oferowanego urządzenia osiągał wartość równą lub wyższą niż 8 000 Pa w zakresie tego parametru,

ewentualnie:

2.3. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania FLEXIPOWER do uzupełnienia dokumentów w postaci certyfikatu, potwierdzającego wyniki badań obciążeniem testowym zgodnie z normą IEC 61215 - w celu wykazania, że moduł fotowoltaiczny oferowanego urządzenia osiąga wartość równą lub wyższą niż 8 000 Pa w zakresie parametru dot. wytrzymałości na obciążenie mechaniczne, który to parametr stanowił kryterium oceny ofert („WM”),

2.4. art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 oraz w zw. z art. 83 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty FLEXIPOWER ze względu na zaoferowanie przez wykonawcę *de facto* dwóch różnych modułów fotowoltaicznych (niedopuszczalna oferta wariantowa) oraz niedopuszczalne prowadzenie między wykonawcą a zamawiającym negocjacji dotyczących treści złożonej oferty (odnośnie modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz:

3.1.1. wykluczenia z postępowania FLEXIPOWER na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp ze względu na przedstawienie przez niego informacji, wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie parametru dot. wytrzymałości na obciążenie mechaniczne modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia, który to parametr stanowił kryterium oceny ofert („WM”, waga 10%), a więc informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

ewentualnie:

3.1.2. dokonania ponownej oceny oferty złożonej przez FLEXIPOWER w kryterium „WM”

(Wytrzymałość na obciążenie mechaniczne modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia) - bez przyznania ww. ofercie jakichkolwiek punktów w zakresie przedmiotowego kryterium z racji braku wykazania przez wykonawcę wymaganymi dokumentami, że moduł fotowoltaiczny oferowanego urządzenia osiąga wartość równą lub wyższą niż 8 000 Pa w zakresie parametru dot. wytrzymałości na obciążenie mechaniczne;

ewentualnie:

3.1.3. wezwania FLEXIPOWER na podstawie 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie certyfikatu, potwierdzającego wyniki badań obciążeniem testowym zgodnie z normą IEC 61215 - w celu wykazania, że moduł fotowoltaiczny oferowanego urządzenia osiąga wartość równą lub wyższą niż 8 000 Pa w zakresie parametru dot. wytrzymałości na obciążenie mechaniczne, który to parametr stanowił kryterium oceny ofert („WM”);

1.1.1. odrzucenia oferty złożonej przez FLEXIPOWER na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 oraz w zw. z art. 83 ust. 1 Pzp ze względu na zaoferowanie przez wykonawcę *de facto* dwóch różnych modułów fotowoltaicznych (niedopuszczalna oferta wariantowa) oraz niedopuszczalne prowadzenie między wykonawcą a zamawiającym negocjacji dotyczących złożonej oferty (odnośnie modułu fotowoltaicznego oferowanego urządzenia);

1.1.2. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków

Wykonawca FLEXIPOWER przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby pismem z 15 października 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Pismem z 26 października 2020 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania opisanych jako 2.1., 2.2. i 2.4.

Pismem z 6 listopada 2020 r. odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów opisanych jako 2.1., 2.2. i 2.4.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Natomiast art. 186 ust. 3a zdanie pierwsze Pzp stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania

po stronie zamawiającego, nie wniesienie sprzeciwu co do uwzględnienia w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a odwołujący wycofa pozostałe zarzuty, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron uczestników postępowania odwoławczego.

W sprawie zaistniały wszystkie przesłanki wskazane w powołanych przepisach. Skoro bowiem sprzeciw dotyczył części zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu zarzutu 2.3. nie objętego sprzeciwem. Zarzuty w odniesieniu do których przystępujący wniósł sprzeciw, zostały następnie cofnięte przez odwołującego.

Żaden zarzut odwołania nie pozostał sporny, zatem Izba na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: