

Banino, dnia 18 stycznia 2021r.

**Prezes Krajowej
Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający : **1.**Gmina Miejska Rumia
ul. Sobieskiego 7
84-230 Rumia
e-mail: zamowieniapubliczne@um.rumia.pl
tel.:
+48 586796574 Faks: +48 586796517
2.Gmina Szemud
ul. Kartuska 13
84-217 Szemud
e-mail: zamowieniapubliczne@um.rumia.pl
tel.:
+48 586796574 Faks: +48 586796517

Odwołujący : Jolanta Sekuła
prowadząca działalność gospodarczą
pod firmą JSB Construction PPHU
Jolanta Sekuła
ul. Potokowa 12A/1
80-297 Banino
tel. 731 484 777
email: jsb.construction.pphu@gmail.com

Znak sprawy: **ZP.271.32.2020**

Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer **2020/S 180-433978 z dnia 16.09.2020 r.**

Dotyczy postępowania : **„Zaprojektowanie, dostawa i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud” ZP.271.32.2020.**

O d w o ł a n i e

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, art. 181 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.] zwaną dalej Pzp, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego z dnia 08.01.2021r. polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo braku przesłanek do odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Domotermika Krzysztof Majewski pomimo, że niepodlegająca odrzuceniu oferta Odwołującego uzyskała większą ilość punktów procentowych i jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu :

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp przejawiające się w odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, iż oferta ta jest zgodna z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności z wymaganiami wskazanymi w Programie Funkcjonalno – Użytkowym dla Gminy Miejskiej Rumia oraz Gminy Szemud stanowiącym odpowiednio

załączniki numer A_1 oraz A_2 do SIWZ w brzmieniu z uwzględnieniem dokonanej przez Zamawiającego w dniu 13.10.2020 r. zmiany tych załączników poprzez wyeliminowanie konieczności przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą symulacji dostarczanej energii elektrycznej w systemów fotowoltaicznych;

2. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przejawiające się w wyborze oferty Domotermika Krzysztof Majewski jako najkorzystniejszej, w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez uznanie tej oferty za najkorzystniejszą, pomimo iż oferta ta plasowała się za wadliwie odrzuconą przez Zamawiającego ofertą Odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i :

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert,
3. zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Uzasadnienie dochowania terminu do wniesienia odwołania.

Zamawiający przesłał do Odwołującego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. Domotermika Krzysztof Majewski w dniu 08.01.2021r.

Dowód :

- kopia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty [**Załącznik numer 1**].

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych [dalej Pzp] odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Wnosząc odwołanie w dniu 18.01.2021r. Odwołujący dochował terminu na jego wniesienie.

Uzasadnienie interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 179 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wykonawca musi zatem posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Oferta Odwołującego została nieprawidłowo nieodrzucona, zaś w przypadku uznania przez Izbę zasadności odwołania i uznania, że nie podlegała ona odrzuceniu, oferta Odwołującego wyprzedza ofertę zwycięzcy – Domotermika Krzysztof Majewski pod względem liczby uzyskanych punktów i jest ofertą zwycięską. Po przeliczeniu liczby punktów zgodnie z warunkami ogłoszenia o

zamówieniu [tabela poniżej] wynika, że Domotermika Krzysztof Majewski zdobyła 70,8% punktów zaś Odwołujący 76,24% punktów,

1. Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie się kierował następującym kryteriami:

Lp.	Kryterium	Maksymalna ilość punktów	Waga kryterium	Maksymalna ilość punktów w danym kryterium
1	Cena oferty brutto	100 pkt	$W_1 = 0,60$	$P_{max1} = 60$ pkt
2	Okres udzielonej gwarancji na wykonane prace montażowe i elementy instalacji	100 pkt	$W_2 = 0,30$	$P_{max2} = 30$ pkt
3	Czas reakcji serwisu gwarancyjnego na wezwanie Zamawiającego	100 pkt	$W_3 = 0,10$	$P_{max3} = 10$ pkt

Dowód :

- kopia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty [**Załącznik numer 1**].

Powyższe wskazuje, że w następstwie wskazanych powyżej uchybień Zamawiającego interes Odwołującego doznał uszczerbku albowiem gdyby nie doszło do tych naruszeń przez Zamawiającego Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia i płynące z tego tytułu wymierne korzyści finansowe.

W konsekwencji Odwołujący w następstwie uchybień i naruszeń ustawy Pzp przez Zamawiającego poniesie szkodę w postaci kosztów związanych z przygotowaniem oferty i uczestnictwem w postępowaniu oraz zostanie pozbawiony możliwości zamówienia i wiążących się z tym korzyści.

Wpis od odwołania.

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 złotych został wniesiony na rachunek bankowy Urzędu.

Dowód :

- potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania [**Załącznik numer 2**].

Przekazanie kopii odwołania.

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Dowód :

- kopia odwołania wraz z dowodem jej przesłania pocztą elektroniczną Zamawiającemu [**Załącznik numer 3**].

U z a s a d n i e

Stan faktyczny postępowania.

Zamawiający w dniu 16.09.2020 r. zamieścił ogłoszenie numer 2020/S 180-433978 o zamówieniu „Zaprojektowanie, dostawa i montaż systemów fotowoltaicznych wraz z systemem monitorowania dla budynków użyteczności publicznej w Gminie Miejskiej Rumia i w Gminie Szemud”.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia [**SIWZ**] w pierwotnym brzmieniu Zamawiający w załącznikach A_1 oraz A_2 do Programu Funkcjonalno - Użytkowego wymagał aby wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli

symulacje pracy poszczególnych instalacji. Spełnienie powyższego wymagania budziło wątpliwości wśród wykonawców, co w konsekwencji było powodem ich wystąpienia z żądaniem udzielenia wyjaśnień treści SIWZ.

W wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 13.10.2020 r. Zamawiający w związku z pytaniem numer 43 o treści „Zamawiający wskazuje w PFU, że do oferty należy dołączyć symulacje pracy poszczególnych instalacji. Informujemy, że nie jest możliwe wykonanie symulacji na podstawie zapisów z PFU zawartych w nich danych. Do wykonania symulacji jest wymagany projekt, który zawiera szczegółowo ustawienie paneli ich docelowa ilość itp. Wnioskujemy o rezygnację z wymogu dostarczenia symulacji z uwagi na ich ewentualną nierzetelność”, udzielił następujące odpowiedzi : „Zamawiający zgadza się na wykonanie symulacji pracy dla poszczególnych instalacji na etapie projektu. Zgodnie z zapisami z PFU łączna roczna produkcja energii elektrycznej z instalacji w Gminie Miejskiej Rumia musi wynieść minimum 243,375 MWh, w Gminie Szemud musi wynieść minimum 215,94 MWh. Zamawiający dokona zmiany treści SIWZ w tym zakresie”.

W powyższych wyjaśnieniach Zamawiający w związku z pytaniem numer 67 o treści „Prosimy o potwierdzenie czy Zamawiający zgodnie z PFU wymaga potwierdzenia wielkości rocznej produkcji energii elektrycznej oferty należy dołączyć symulacje pracy poszczególnych instalacji [zestawów] wykonanych za pomocą programu służącego do wykonywania symulacji pracy instalacji fotowoltaicznych o zakresie danych umożliwiających wykazanie oszczędności energii elektrycznej i wskazujących na przyjęte założenia. Jest to o tyle istotne że Zamawiający nie podał dla której instalacji należy dołączyć akumulator. Tym samym czy w symulacji akumulator ten nie musi być uwzględniany? Pragniemy zwrócić uwagę, że wykonanie instalacji bez przeprowadzenia dokładnych pomiarów i tak nie odzwierciedla rzeczywistej produkcji, a dodatkowo jest bardzo pracochłonne. Prosimy tym samym o zrezygnowanie z konieczności dołożenia na etapie składania ofert symulacji”, udzielił następujące odpowiedzi : „Zamawiający będzie wymagał tego typu dokumentacji na etapie sporządzania dokumentacji wykonawczej przez Wykonawcę, w celu zbadania przewidywanej rocznej produkcji energii z zestawów fotowoltaicznych dla każdej lokalizacji. Zamawiający zgadza się na wykonanie symulacji pracy dla poszczególnych instalacji na etapie projektu. Zgodnie z zapisami z PFU łączna roczna produkcja energii elektrycznej z instalacji w Gminie Miejskiej Rumia musi wynieść minimum 243,375 MWh, w Gminie Szemud musi wynieść minimum 215,94 MWh. Zamawiający dokona zmiany treści SIWZ w tym zakresie”.

Stanowisko Zamawiającego zawarte w wyjaśnieniach na zapytania dotyczące treści SIWZ znalazło potwierdzenie w zawiadomieniu o zmianie treści SIWZ z dnia 13.10.2020 r. gdzie Zamawiający w punkcie 4 tego zawiadomienia informuje o usunięciu z załącznika A_1 do SIWZ – Program Funkcjonalno - Użytkowy [PFU] dla Gminy Miejskiej Rumia zapisów dotyczących konieczności przełożenia przez wykonawcę wraz z ofertą symulacji potwierdzającej roczną produkcję energii elektrycznej.

Identyczna zmiana tj. wykreślenie obowiązku przedłożenia symulacji dotyczy załącznika A_2 do SIWZ – Program Funkcjonalno - Użytkowy [PFU] dla Gminy Szemud.

Dowód :

- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia dostępna pod adresem <https://platformazakupowa.pl/transakcja/377916>;
- kopia zawiadomienia o zmianie treści SIWZ z dnia 13.10.2020 r.;

- zawiadomienie o zmianie treści SIWZ z dnia 13.10.2020 r. dostępne pod adresem <https://platformazakupowa.pl/transakcja/377916>;
- kopia wyjaśnień treści SIWZ z dnia 13.10.2020 r.;
- wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 13.10.2020 r. dostępne pod adresem <https://platformazakupowa.pl/transakcja/377916>.

Pomimo złożenia przez Zamawiającego powyższych wyjaśnień do treści SIWZ oraz dokonania przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ zgodnie z tymi wyjaśnieniami, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na nieaktualne postanowienia SIWZ dotyczące obowiązku przedłożenia symulacji.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał na to, że podstawą jej podjęcia jest rozbieżność w wyjaśnieniach Odwołującego w zawarta w symulacji dostarczanej energii przez instalacje fotowoltaiczne. Jak wskazał Zamawiający, wprowadzić nie wymagał On załączenia tej symulacji jednak sprawdził czy spełniony został wymóg, aby łączna produkcja tej energii z instalacji fotowoltaicznej w Gminie Rumia oraz Gminie Szemud zgadzała się z minimum wymaganym w SIWZ. Zamawiający nie wskazał przy tym, w jakim zakresie oferta Odwołującego lub złożone przez Odwołującego wyjaśnienia przemawiały za przyjęciem, że oferowana przez Odwołującego wartość minimalna produkcji tej energii jest niezgodna z SIWZ.

Dowód :

- kopia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 08.01.2021 r.;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 08.01.2021 r. dostępne pod adresem <https://platformazakupowa.pl/transakcja/377916>.

W świetle powyższych Odwołujący stoi na stanowisku, że opisane powyżej działanie Zamawiającego jest nieprawidłowe i stanowi naruszenie Pzp. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego oraz dokonany przez Zamawiającego wybór najkorzystniejszej oferty są czynnościami wadliwymi i sprzecznymi z SIWZ z przyczyn opisanych powyżej.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie między innymi w aktualnych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2020 r. w sprawach :

1. KIO 2476/20, zgodnie z którym „**Dla ziszczenia się przesłanek odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. konieczne jest wskazanie postanowienia siwz, z którym treść oferty jest niezgodna.** Sam "brak możliwości dokonania oceny, czy zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi określone w siwz" nie przesądza o niezgodności oferty z siwz, jeśli nie ma konkretnego wymogu, który wykonawca miał spełnić”.
2. KIO 2600/20, zgodnie z którym „**Zarówno wykonawcy jak i zamawiający są związani postanowieniami SIWZ. Powyższe dotyczy także odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców do SIWZ, udzielone przed terminem składania ofert.** Oznacza to, że na etapie badania i oceny ofert nie jest możliwe wprowadzanie zmian do SIWZ, w tym pomijanie jej postanowień. Wszelkie wątpliwości w zakresie interpretacji niejednoznacznych postanowień SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Zamawiający, jeżeli ma wolę nadać określonym zobowiązaniom wiążący charakter, to powinien to przewidzieć w SIWZ, skoro jest to dokument zawierający potrzeby i wymagania Zamawiającego,

które w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia ma zapewnić wybrany wykonawca, uprzednio zobowiązując się do tego w ofercie. Niezgodności treści oferty z treścią SIWZ występują wówczas, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, nie zapewnia zrealizowania go w całości. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność taka ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada w SIWZ np., co do zakresu, ilości, jakości, czy warunków realizacji”.

W świetle powyższych odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. kopia odwołania wraz z dowodem jej przesłania pocztą elektroniczną Zamawiającemu,
3. kopia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego,
4. kopia wyjaśnień do treści SIWZ z dnia 13.10.2020 r.;
5. kopia zawiadomienia o zmianie treści SIWZ z dnia 13.10.2020 r.
6. wydruk z CEiDG Odwołującego.

.....
Jolanta Sekuła
JSB Construction PPHU