

Warszawa, dnia 9 października 2024 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Miasto Ruda Śląska

w imieniu i na rzecz którego postępowanie
przeprowadza

**Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki
Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa
Społecznego Spółka z o.o.**

ul. 1 Maja 218, 41-710 Ruda Śląska

e-mail: zamowienia@mpgm.com.pl

Odwołujący:

Solar Square Sp. z o.o.

ul. Gołęzycka 12/5, 54-152 Wrocław

NIP: 8943159830

KRS: 0000864920

reprezentowany przez pełnomocnika:

Mateusza Brzezińskiego

JBP Jarzyński Brzeziński Partners

e-mail: m.brzezinski@jbp-law.pl

adres do korespondencji:

ul. Postępu 17a (1. piętro), 02-676 Warszawa

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej i pompy ciepła dla budynku przy ul. 1 Maja 218 w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach komunalnych w Rudzie Śląskiej”, znak sprawy: TIR/o8/D/TP/2024

ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod nr 2024/BZP 00411047/01 („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając na podstawie przepisu art. 513 pkt 1) oraz art. 505 ust. 1, w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej zwana „PZP”) w imieniu Odwołującego, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia 09.10.2024 r. (załącznik nr 1 do Odwołania), zaskarżam czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

- 1) unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego**

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP** poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, **podczas gdy** postępowanie nie jest w żaden sposób obarczone wadą i nie istnieje podstawa do unieważnienia tego postępowania.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

WYMAGANIA FORMALNE ODWOŁANIA

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest mniejsza niż progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a PZP, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W dniu 04.10.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o unieważnieniu postępowania.

Niniejsze odwołanie zostało zatem wniesione w terminie wynikającym z art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a PZP.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że wpis od odwołania w kwocie 7.500 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**załącznik nr 3 do niniejszego odwołania**).

INTERES ODWOŁUJĄCEGO WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona, a Odwołujący nie został wykluczony z Postępowania. W ocenie Odwołującego, w toku badania i oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego winna zostać oceniona najwyżej – co skutkować powinno finalnie uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkada pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym z uchybieniami, których – przy dokonywaniu czynności w Postępowaniu – dopuścił się Zamawiający.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY

1.1 Zamawiający wszczął Postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznej i pompy ciepła dla budynku przy ul. 1 Maja 218 w Rudzie Śląskiej realizowana w ramach projektu pn. Poprawa efektywności energetycznej poprzez zastosowanie OZE w budynkach komunalnych w Rudzie Śląskiej.

1.2 Postępowanie jest prowadzone w trybie podstawowym.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu

SWZ udostępniona wykonawcom (w dokumentacji Postępowania)

1.3 W dniu 04.10.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o unieważnieniu postępowania.

2. ROZWINIĘCIE ZARZUTÓW

Zarzut naruszenia art. 255 pkt 6) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP

- 2.1 Zgodnie z treścią art. 255 pkt 6) PZP, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 2.2 W ocenie Zamawiającego, w Postępowaniu zaistniały przesłanki dotyczące podstawy do unieważnienia Postępowania ze wskazanego powodu.
- 2.3 Z taką oceną nie zgadza się Odwołujący, gdyż w jego ocenie w żadnym przypadku nie zachodzą przesłanki dotyczącej „wady” postępowania. W ocenie Odwołującego, czynność dokonana przez Zamawiającego, polegająca na unieważnieniu postępowania jest czynnością pozorną.
- 2.4 Zwrócić należy bowiem uwagę na to, co Zamawiający przedstawił w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania.
- 2.5 Kluczowe w tym zakresie są dwie okoliczności wskazane przez Zamawiającego, tj.:

Strona 4

Zatem po terminie otwarcia ofert Zamawiający przeprowadził również stosowne wyliczenia, aby sprawdzić czy pozostałe elementy systemu przedstawiane w ofertach są właściwe dla zastosowanych w ofertach urządzeń.

Strona 5

Z obliczeń wynika, że minimalne wartości inwertera wskazane przez projektanta są błędne, gdyż wynik wskazanych obliczeń nie mieści się w zakresie minimalnym w większości ofert.

- 2.6 Oznacza to, że Zamawiający podjął zupełnie odwrotną czynność, niż powinien, tj. na podstawie niezgodności oferowanych rozwiązań z wymogami Zamawiającego stwierdził, że mamy do czynienia z wadą postępowania.

- 2.7 Zamawiający przyjął zatem, że absolutnie wszystkie oferty musiałyby być zgodne z warunkami zamówienia, żeby nie było możliwości unieważnienia postępowania z uwagi na „wadę” postępowania.
- 2.8 Niemniej jednak, taki tok myślenia jest nie tylko błędny, ale również niezgodny z przepisami PZP.
- 2.9 Zamawiający powinien bowiem „nałożyć” treść oferty złożonej w postępowaniu na treść warunków zamówienia – i na tej podstawie ocenić, czy oferta spełnia te wymogi czy ich nie spełnia.
- 2.10 W przedmiotowym Postępowaniu, Zamawiający dokonał takiego „nałożenia” i stwierdził, że skoro część ofert nie spełnia określonych przez niego wymogów, oznacza to, że istnieje „wada” postępowania skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania.
- 2.11 Sam Zamawiający w treści unieważnienia postępowania wskazał przecież, że część ofert spełnia wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego.
- 2.12 Nie można w takiej sytuacji mówić o „wadzie” postępowania.
- 2.13 Ofertą, która spełnia wszystkie wymogi wskazane w dokumentach zamówienia jest oferta Odwołującego.
- 2.14 W zakresie inwertera, można jednoznacznie wskazać, że w ofercie Odwołującego został wskazany inwerter o mocy wyjściowej 15kW. Skoro więc:
- 1) dopuszczalna moc inwertera wg wskazanego stosunku miała wynosić od 85% do 105% mocy generatora PV;
 - 2) w ofercie Odwołującego wskazano liczbę zastosowanych w instalacji paneli, przemnażając ją przez moc pojedynczego panelu otrzymujemy moc generatora PV = 16,97 kWp
 - 3) skoro stosunek był określony w sposób od 85% do 105%, to przedział mocy dopuszczalnej do zastosowania mocy inwertera winien mieścić się w przedziale od 14,42 kW do 17,81 kW.

- 2.15 Oznacza to, że Odwołujący zaproponował inwerter o mocy mieszczącej się w tym przedziale (15 kW jest większe od 14,42 kW, ale mniejsze od 17,81 kW).
- 2.16 Innymi słowy – jak najbardziej możliwe było zaoferowanie rozwiązania, zgodnego z wymogami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Nie można zatem mówić o „wadzie” postępowania w sytuacji, w której istnieje możliwość zaoferowania rozwiązania spełniającego warunki zamówienia określone w dokumentach zamówienia, ale część ofert została przygotowana w sposób nieprawidłowy i oferuje rozwiązania niespełniające tychże warunków.
- 2.17 Unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 255 pkt 6) PZP, Zamawiający obowiązany jest wykazać, że:
- zaistniała wada postępowania, tj. miało miejsce naruszenie przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie,
 - wada ma charakter nieusuwalny,
 - na skutek zaistniałej wady postępowania nie ma możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (związek przyczynowo - skutkowy) - konieczne jest wykazanie, że umowa będzie podlegać unieważnieniu, w tym wskazanie podstawy prawnej unieważnienia.
- 2.18 Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *„jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem jego zastosowania. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego”* (wyrok KIO z

dnia 17.03.2023 r., sygn. akt KIO 562/23). W innym wyroku KIO podkreśliła, że *„w ocenie Izby opis ten w zakresie przywoływanego parametru jest sporządzony w sposób jednoznaczny czy też wyczerpujący, zaś wymagania i potrzeby Zamawiającego zostały w sposób dostateczny wyrażone. Tym samym na uznanie nie zasługuje twierdzenie, że opis ten narusza przepisy art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w związku z art. 16 ust. 1 Pzp co miałyby skutkować koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp”* (wyrok KIO z dnia 11.05.2023 r., sygn. akt KIO 1193/23).

- 2.19 W ocenie Odwołującego, Zamawiający swoim działaniem próbuje doprowadzić do sytuacji, w której nie będzie odrzucał ofert niezgodnych z warunkami zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, tylko unieważni postępowanie. Taka czynność Zamawiającego jest jednak nieuprawniona.
- 2.20 Co istotne, *„Izba wskazuje, że również w tym zakresie poza wyrażonym przypuszczeniem, Zamawiający nie wykazał w żaden sposób czy doszło do błędnego oszacowania ofert, na czym polegał błąd, a także czy rzeczywiście doszło do niemożności porównania złożonych ofert oraz porównania z cenami rynkowymi. Zacytowany fragment sugeruje, że do badania i oceny ofert nie doszło”* (wyrok KIO z dnia 03.03.2023 r., sygn. akt KIO 425/23). Taką też mamy sytuację w przedmiotowym postępowaniu – Zamawiający wskazuje, że mógł w inny sposób dokonać opisu przedmiotu zamówienia i w ten sposób, być może, część złożonych ofert w postępowaniu spełniałaby warunki określone przez Zamawiającego. Przyjęcie takiej argumentacji byłoby jednak absurdalne – prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której to Zamawiający musiałby się dostosować do treści składanych ofert. Zgodnie z przepisami PZP sytuacja powinna być jednak odwrotna, to wykonawcy składający ofertę mają zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami warunków zamówienia – inaczej oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.
- 2.21 Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie KIO, *„nieprawidłowości zauważone przez zamawiającego nie stanowią wad, które uzasadniają unieważnienie postępowania, gdyż nieprawidłowości te nie uniemożliwiają zawarcia ważnej umowy. Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający*

unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia m. in. jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie chodzi zatem o to, że w postępowaniu wystąpiła jakakolwiek wada, choćby nawet poważna – lecz chodzi tylko o wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Aby stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania mogła stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale także wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem określonego przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Zamawiający unieważniając postępowanie nie wskazał przepisów, których naruszenie powoduje konieczność unieważnienia postępowania, a przedstawił tylko okoliczności faktyczne. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż Zamawiający wadę postępowania zrównuje z dostrzeżonymi brakami w opisie przedmiotu zamówienia, który w sposób niepełny zaspokaja jego aktualnie zidentyfikowane potrzeby. W ocenie Izby, okoliczności stanowiące podstawę unieważnienia postępowania nie stanowią naruszeń kwalifikowanych niezgodności z przepisami Pzp. Co do pierwszej ze wskazanych przyczyn tj. błędnego pouczenia o sposobie sumowania zawartego w Załączniku nr 2 do SWZ, podkreślić należy, że każdy z wykonawców dokonał prawidłowego zsumowania wszystkich pozycji i tę sumę uznał za łączną wartość oferty. Żaden z wykonawców zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu nie wystąpił do Zamawiającego o wyjaśnienie przedmiotowej rozbieżności, a złożone oferty potwierdzały prawidłowe rozumienie wymagań. Dla wykonawców zrozumiałe było co mają ująć w łącznej wartości oferty” (wyrok KIO z dnia 21 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 353/23).

- 2.22 Wskazać należy, że być może Zamawiający rzeczywiście, po ponownym przeanalizowaniu swoich potrzeb, uznał, iż mógł opisać przedmiot zamówienia w sposób trochę lepiej odpowiadający tym potrzebom. Nie jest to jednak żadna wada postępowania, a rezultat niedoskonałości procesu weryfikacji swoich potrzeb przez Zamawiającego. Przedmiot zamówienia został opisany w opisie przedmiotu zamówienia tak, że nie budził on specjalnych wątpliwości

wykonawców. Świadczy o tym m.in. brak pytań w tym zakresie zgłoszonych przez wykonawców. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, nie tylko oferta złożona przez niego spełniałaby warunki zamówienia, co do których Zamawiający ma wątpliwości – inwerter spełniający techniczne wymogi Zamawiającego zaoferował również wykonawca ASW INSTAL Adam Stęchły (jego oferta podlegać powinna jednak odrzuceniu z innego powodu).

- 2.23 Oznacza to, że na 4 oferty złożone w postępowaniu, 2 oferują inwerter spełniający wymogi określone przez Zamawiającego, a 2 nie. Nie ma w tym jednak nic nadzwyczajnego, taka sytuacja jest naturalna w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Gdyby miało być inaczej, to ustawodawca nie przewidywałby przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.
- 2.24 Podkreślić należy, że niedoskonałości w zakresie wskazywanym przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania, dostrzeżone przez Zamawiającego w toku postępowania nie mogą obarczać wykonawców i stanowić podstawy do unieważnienia postępowania, gdyż dawałoby to możliwość zamawiającym do unieważnienia tak naprawdę każdego postępowania o udzielenie zamówienia, co z kolei mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Unieważnienie postępowania powinno być czynnością wyjątkową, a przesłanki unieważnienia należy interpretować w sposób ścisły.
- 2.25 Tak samo, w przedmiotowym postępowaniu nie dochodzi do nieporównywalności składanych ofert – dochodzi do takiej sytuacji, w której część ofert spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, a część niestety nie spełnia i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.
- 2.26 Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie KIO, *„w ocenie Izby przywoływane przez Zamawiającego okoliczności nie stanowiły wady postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy pzp, a jedynie świadczyły o tym, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi oczekiwaniami. Podkreślić należy, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania i po jego stronie leży dochowanie należytej staranności w*

przygotowaniu postępowania, w tym opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami, jak i dokonanie analizy, czy wymagane parametry techniczne aparatu nie ograniczają konkurencji. Obowiązek ten nie ustaje również na etapie prowadzonego postępowania, kiedy Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców podejmuje decyzje co do ewentualnej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia. Zaznaczyć należy, że skutki wynikające z błędów czy przeoczeń Zamawiającego w tym zakresie w żadnym wypadku nie mogą obciążać wykonawców składających oferty w postępowaniu zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przesłanka z art. 255 pkt 6 ustawy pzp nie stanowi instytucji pozwalającej Zamawiającemu na korygowanie każdej błędnej decyzji w postępowaniu, a jedynie takiej wady, która jako niemożliwa do usunięcia jednocześnie powoduje, że zawarta w postępowaniu umowa mogłaby podlegać unieważnieniu na jednej z podstaw określonych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia, a Odwołujący złożył ofertę w odniesieniu do tak ukształtowanego opisu. W postępowaniu nie występuje żadna nieścisłość czy niejednoznaczność, która uniemożliwiłaby Zamawiającemu badanie i ocenę złożonej przez Odwołującego oferty. Zamawiający nie może wymagać od wykonawców aby składali oferty zgodne z jego oczekiwaniami, które to oczekiwania jednak nie zostały odzwierciedlone w treści SWZ. Co więcej, Zamawiający w ogóle nie przeprowadził analizy jak dokonana modyfikacja opisu ma przełożenie na zawarcie umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Żadna z przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy pzp w postępowaniu nie wystąpiła” (wyrok KIO z dnia 12.08.2021 r., sygn. akt KIO 2309/21).

- 2.27 Dlatego też, postępowanie nie powinno zostać unieważnione na podstawie art. 255 pkt 6) PZP, a dokonana przez Zamawiającego czynność w tym zakresie jest wadliwa.

3. PODSUMOWANIE

- 3.1 W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów PZP dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.
- 3.2 W związku z powyższym wnoszę jak w *petitum*.

W imieniu Odwołującego

Mateusz Brzeziński LL.M. DBA

Załączniki:

1. Załącznik nr 1 – Pełnomocnictwo
2. Załącznik nr 2 – KRS Odwołującego
3. Załącznik nr 3 – Wpis od odwołania
4. Załącznik nr 4 – Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu