

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17a
02 - 676 Warszawa

Odwołująca się

FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.
z siedzibą w Kudrowicach
Kudrowice 12
95 – 200 Kudrowice
NIP: 7312045200
Tel.: 42 226 04 53

Adres e – mail: przetargi@flexipowergroup.pl

**reprezentowana przez
adw. Rafała Tarsalewskiego**

Zamawiający:

Gmina Sośnie
Ul. Wielkopolska 47
63 – 435 Sośnie
Adres e-mail: sosnie@sosnie.pl

Dotyczy: Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych, instalacji kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sośnie

Wpis: 15.000 (piętnaście tysięcy) złotych

Numer ogłoszenie w Dz.U.U.E : 2021/S 121-318139

Odwołanie

wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

Na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych zwanej dalej p.z.p., **wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na zmianie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez udzielenie w dniu**

19 lipca 2021 r. odpowiedzi na pytanie nr. 3 z dnia 9 lipca 2021 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych, instalacji kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sośnie*”.

Czynności zamawiającego **zarzucam naruszenia:**

- I.** naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 135 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 137 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, który stawia wobec Wykonawców wymogi wykonania instalacji fotowoltaicznej w sposób uzależniony od wykonania nieistniejącego w chwili składania oferty systemu TIK., co może mieć wpływ na kształt sporządzonych przez Wykonawców ofert,
- II.** naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 135 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 137 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

- I.** uwzględnienie odwołania,
- II.** nakazanie Zamawiającemu zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez wprowadzenie zapisu, zgodnie z którym „podłączenie i konfiguracja systemu Teleinformacyjnej Komunikacji nie należy do obowiązków wykonawcy w niniejszym postępowaniu”,
- III.** nakazanie Zamawiającemu ogłoszenia zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Nadto, **wnoszę o:**

- IV.** orzeczenie na rzecz odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonej na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
- V.** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- VI.** zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na *Dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych, instalacji kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sośnie*.

Zawiadomienie o zmianie Specyfikacji Warunków Zamówienia zostało przesłane odwołującej się w dniu 19 lipca 2020 roku. W związku z powyższym dziesięciodniowy termin zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 29 lipca 2020 r.

Uzasadnienie

I. Interes we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Odwołująca się prowadzi działalność gospodarczą sklasyfikowaną w Polskiej Klasyfikacji Działalności jako (43.22.Z) – wykonywanie instalacji wodno – kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatyzacyjnych oraz (43.21.Z) wykonywanie instalacji elektrycznych. Odwołująca się specjalizuje się w montażu instalacji solarnych, fotowoltaicznych, pomp ciepła, które są przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, na terenie całej Polski. Ponadto FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. planuje wziąć udział w składaniu ofert w postępowaniu, w przedmiocie którego składa odwołanie. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z doktryną i orzecznictwem KIO „*Biorąc pod uwagę brzmienie art. 179, należy zauważyć, że chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., KIO 93/11, www.uzp.gov.pl)*” (A. Bazan, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. II, Komentarze LEX 2015). Przesłanką legitymacji do wniesienia odwołania jest także możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Istotnym jest, że Odwołująca się, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu musiałaby ponieść określony wysiłek, angażując przy tym czas pracy i umiejętności swoich pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie jej w sposób umożliwiający uznanie jej przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, narażając się przy tym na możliwość poniesienia

szkody wynikającej z niemożności składania ofert w innych postępowaniach tudzież podejmowania zleceń od podmiotów prywatnych.

Jednocześnie w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy szkoda po stronie Odwołującego może polegać na uniemożliwieniu złożenia FlexiPower Group sp. z o.o. oferty zgodnej ze wszystkimi postanowieniami SWWZ. W rezultacie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie będzie mogła uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku.

W związku z powyższym uznać należy, że Odwołującej się przysługuje interes do wniesienia odwołania.

II. Stan faktyczny

W dniu 22 czerwca 2021 r. Gmina Sośnie ogłosiła ogłoszenie o zamówieniu na Dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych, instalacji kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sośnie.

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu (w aktach postępowania)

W ramach powyższego postępowania w dniu 19 lipca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące systemu monitorowania instalacji zadane przez jednego z wykonawców :

„3. Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia nie wymaga wykonania systemu monitorowania instalacji? Jeżeli jednak tak proszę o potwierdzenie, że w gestii Beneficjenta jest zapewnienie stałego dostępu do internetu. Należy zwrócić uwagę na to, iż w pomieszczeniu kotłowni, piwnicy najczęściej sygnał internetu jest zbyt słaby, aby prawidłowo działał system – bardzo proszę o informację, co należy zrobić w sytuacji, gdy Beneficjent nie zapewni stałego łącza.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że w ramach dostawy i montażu instalacji, w tym również kotłów na biomasę, Wykonawca ma zamontować moduł/modem komunikacyjny LAN/WLAN dedykowany do przesyłania danych za pośrednictwem sieci Internet.

Moduł/modem komunikacyjny powinien być skonfigurowany przez Wykonawcę instalacji OZE do komunikacji z Internetem z wykorzystaniem sieci LAN/WLAN funkcjonującej w miejscu

instalacji. W przypadku konieczności wzmocnienia sygnału internetowego, obowiązek ten leży po stronie Wykonawcy.

System TIK (Teleinformacyjnej Komunikacji) będzie realizowany w osobnym postępowaniu.

Podłączenie i konfiguracja systemu musi zostać przeprowadzona dla:

- 5 instalacji kotłów na biomasę
- 5 instalacji 2 panele
- 5 instalacji 3 panele
- 5 instalacji 4 panele
- 5 instalacji PV o mocy 2,310 kWp
- 5 instalacji PV o mocy 3,465 kWp
- 5 instalacji PV o mocy 4,620 kWp
- 5 instalacji PV o mocy 5,390 kWp”

Dowód:

- pytania i odpowiedzi z dnia 19 lipca 2021 r.

Wprowadzając do Specyfikacji Warunków Zamówienia rzeczoną odpowiedź Zamawiający doprowadził do uregulowania wymagania polegającego na podłączeniu i konfiguracji nieistniejącego systemu teleinformacyjnej komunikacji z 40 z wykonanych przez Wykonawcę instalacji.

W ocenie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. powyższa odpowiedź prowadzi do sprzeczności. Skoro bowiem „System TIK (Teleinformacyjnej Komunikacji) będzie realizowany w osobnym postępowaniu”, a postępowanie to nie zostało jeszcze przeprowadzone ani nawet nie opublikowano ogłoszenia o zamówieniu, to nie jest możliwe stawianie przed Wykonawcą wymogu podłączenia instalacji do przedmiotowego systemu.

W przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty w niniejszym postępowaniu, która w konsekwencji zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, warunki zamówienia zostały określone w sposób, który może mieć wpływ na ocenę tego, czy zamówienie zostało wykonane w sposób należyty lub nienależyty. Jeśli bowiem System TIK nie zostanie wykonany w osobnym postępowaniu do czasu zainstalowania instalacji przez Wykonawcę, Wykonawca nie będzie mógł zrealizować wszystkich świadczeń ciążących na nim w związku z realizacją umowy zawartej w niniejszym postępowaniu.

Doprowadza to do sytuacji, gdy Zamawiający arbitralnie – przeprowadzając inne postępowanie i podejmując decyzję o jego przeprowadzeniu w danym okresie – będzie mógł wpłynąć na ocenę należytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę, który zostanie wybrany w niniejszym postępowaniu. To zaś wpływa na podjęcie decyzji o złożeniu oferty w niniejszym postępowaniu i ogranicza konkurencję – Wykonawca, pozostając w stanie obawy co do tego, w jaki sposób interpretować zapisy SWZ dotyczące konieczności podłączenia instalacji do systemu TIK, może nie złożyć oferty, mając na uwadze to, że następczo wykonanie umowy może zostać znacząco utrudnione poprzez nieprzeprowadzenie przez Zamawiającego innego postępowania.

III. Uzasadnienie prawne

Przejrzystość postępowania jest zasadą wspierającą wymóg równego traktowania wykonawców. Rolą Zamawiającego jest przedstawienie w sposób jasny kryteriów kwalifikacji jakie muszą zostać spełnione przez wykonawców oraz wszelkiego rodzaju wymogi o charakterze technicznym. W ocenie odwołującej zasada ta powinna umożliwić także Wykonawcy możliwość przewidzenia skutków zawarcia umowy o realizację zamówienia i jego wykonanie w sposób przewidywalny.

Powyższa reguła ma na celu umożliwienie wykonawcom dysponowania całością informacji, na podstawie których jest on w stanie przedstawić swoje oświadczenie woli w sposób dający się ocenić na podstawie przygotowanych uprzednio zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł, które są weryfikowalne, a decyzje Zamawiającego muszą dawać się przewidzieć. Zamawiający, przygotowując dokumenty zamówienia, zobowiązany jest do jednoznacznego i precyzyjnego określenia, jakie są jego oczekiwania wobec wykonawców.

W przypadku niniejszego postępowania, nieprzejrzystość zaskarżonych zapisów SWZ nie pozwala nawet na ocenę, czy Wykonawca będzie w stanie podołać realizacji zadania z uwagi na obiektywną nieprzewidywalność polegającą na nieistnieniu w chwili składania oferty systemu, do którego mają zostać podłączone instalacje fotowoltaiczne wykonane w ramach zamówienia. Rodzi to przede wszystkim obawę o kompatybilność wykonanych instalacji z takim systemem, co Zamawiający zdaje się pomijać ustanawiając obowiązek połączenia i konfiguracji instalacji z systemem TIK. Teoretycznie bowiem w przypadku wykonania systemu TIK przez innego wykonawcę w innym postępowaniu w sposób nienależyty, to na Wykonawcy w tym

postępowaniu ciężać będą skutki w postaci nienależytego wykonania zobowiązania. Zamawiający nie będzie miał uprzedniej możliwości zweryfikowania tego, czy instalacja pasuje do zaprojektowanego i wykonanego systemu TIK.

Zamawiający nie powinien dopuszczać do sytuacji, w której doszłoby do przeniesienia ciężaru i skutków braku precyzji, na którykolwiek z podmiotów decydujący się złożyć w postępowaniu ofertę. Wykonawca nie może zostać postawiony w sytuacji, w której ze względu na to, że Zamawiający przeprowadza inne postępowania, należyte wykonanie jego zobowiązania jest uzależnione od wyników nieprzeprowadzonych ani niezaplanowanych na ten moment prac przez inny podmiot.

W świetle niniejszego postępowania zapis wprowadzony odpowiedzią na pytanie 3. Z dnia 9 lipca 2021 r. jest nieprzejrzysta i może ograniczać konkurencję.

Rolą Wykonawcy w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą jest uprawdopodobnienie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, co Odwołująca się w niniejszym odwołaniu czyni. Sama tylko możliwość, choćby poprzez nieumyślne działanie Zamawiającego, utrudnienia uczciwej konkurencji jest wystarczająca do uznania, że naruszono przepisy art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz w art. 16 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zostały naruszone (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 752/11).

V. Wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z art. 554 ust. 1 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pozostawanie w mocy zmiany SWZ, która w sposób oczywisty jest nieprzejrzysta i może na etapie badania i oceny ofert spowodować ograniczenie konkurencji miałoby taki wpływ na wynik, że ograniczyłoby to możliwość złożenia niepodlegających odrzuceniu ofert przez Wykonawców. Tym samym Zamawiający nie miałby rzeczywistej możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie najkorzystniejszej przy warunkowo wprowadzonej nieuczciwej konkurencji. Uwzględnienie odwołania uwolni postępowanie od powyższej wady i umożliwi realną konkurencję wykonawcom.

W związku z powyższym, wnoszę jak w *petitum* odwołania.

Michał Post

pismo z dnia 29 lipca 2021 r., str. 8 z 8.

**Prezes Zarządu FlexiPower Group sp. z o.o. – komplementariusza,
uprawnionego do reprezentowania FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.**

Załączniki:

- dowód nadania odwołania dla Zamawiającego w formie elektronicznej,
- dowód wniesienia wpisu w wysokości 15. 000 (piętnastu tysięcy) złotych,
- dokumenty wymienione w uzasadnieniu odwołania,
- pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- wydruk z KRS FlexipowerGroup sp.z o.o,
- wydruk z KRS FlexipowerGroup sp. z o.o. sp.k.