

WYROK
z dnia 2 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 r. przez wykonawcę **FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dmosin z siedzibą w Dmosinie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dmosin z siedzibą w Dmosinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Dmosin z siedzibą w Dmosinie** na rzecz wykonawcy **FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Dariusz Dolecki
WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Za zgodność
Jan Kuzawski



Uzasadnienie

Gmina Dmosin z siedzibą w Dmosinie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Dmosin.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 sierpnia 2022 r., nr 2022/S 166-470804.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 18 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca FlexiPower Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Kudrowicach, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Mioniko – Sebastian Dunin jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta nie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu przy prawidłowej ocenie jego własnej oferty, w ramach której za kryterium „Monitorowania pracy pojedynczego modułu PV” winien on mieć przyznane zgodnie z XIX.2.2.5. SWZ 15 pkt a nie 0 pkt co oznaczałoby zdobycie przez jego własną ofertę łącznie 95 pkt a zatem ta oferta przedstawiałaby najwyższy wynik punktowy i jako taka powinna zostać wybrana.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z dnia 8 listopada 2022 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Mioniko – Sebastian Dunin,
- 2) powtórzenia czynności oceny swej oferty,
- 3) ponownego przeprowadzenia badania ofert z uwzględnieniem prawidłowej oceny swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający przedstawił ocenę punktową złożonych ofert przyznając jednak jego ofercie 0 pkt. w zakresie kryterium „Monitoring pracy pojedynczego modułu PV” podczas gdy winna zgodnie z XIX.2.2.5. SWZ otrzymać 15 pkt. Zdaniem odwołującego prawidłowa zaś ocena punktowania kryteriów winna spowodować przyznanie jego ofercie łącznie 95 pkt, a zatem jako oferta o najwyższej punktacji winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący podniósł, że w pkt. XIX SWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, gdzie w 2.2.5. wskazano, że:

2.2.5. za kryterium Monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV $P_x(J_m)$ punkty będą przyznawane według reguły:

$P_x(J_m)$ 0 pkt za brak możliwości monitorowania parametrów pracy pojedynczego modułu PV

$P_x(J_m)$ 15 pkt za możliwość monitorowania parametrów pracy pojedynczego modułu PV.

Zgodnie natomiast ze stanowiącym załącznik do SWZ PFU, a konkretnie pkt. 22 wymaganie opcjonalne w postaci Monitoringu parametrów pracy modułu zostało scharakteryzowane następujący sposób:

21. Optymalizacja

W celu zmaksymalizowania produkcji energii elektrycznej z Instalacji PV Zamawiający wymaga, aby każda instalacja PV została wyposażona w system optymalizacji pracy, który będzie:

1. zapobiegał stratom mocy powstającym wskutek różnicy bądź wahań mocy pomiędzy modułami w Instalacji PV
2. pozwalał osiągnąć wyższe uzyski energii z Instalacji.
3. pozwalał monitorować parametry pracy Instalacji za pomocą aplikacji mobilnej i lub przeglądarki internetowej.

22. Monitoring parametrów pracy modułu

Wymaganie opcjonalne

W celu zmaksymalizowania produkcji energii elektrycznej z Instalacji PV oraz bieżącego i stałego monitoringu jakości pracy zamontowanych Instalacji PV, Zamawiający wymaga, aby każda instalacja PV została wyposażona w system optymalizacji pracy, który będzie pozwalał monitorować parametry pracy każdego z zainstalowanych modułów, co najmniej w zakresie:

1. wielkości produkcji
2. energii
3. napięcia.

Odwołujący podniósł, że zaoferował w ofercie wprost w zakresie instalacji PV spełnianie wymagania opcjonalnego Monitorowania pracy pojedynczego modułu PV (pkt. 6 ppkt. 5 oferty oraz pkt. 21 i 22 załącznika 1b do formularza ofertowego). Argumentował, że

załączył również do oferty stosowną kartę katalogową pochodzącą od producenta optymalizatora Honeybee 650 PLC, która wprost wskazuje na „*Monitorowanie parametrów pracy modułu w czasie rzeczywistym*” a także dokument pn. *Spektor Prezentacja* ukazujący sposób działania aplikacji do monitorowania parametrów pracy modułu. Jednocześnie załączona także karta katalogowa sterownika optymalizatora Beebox – PLC wskazuje dodatkowo, że przeznaczony jest do instalacji w układzie 1 panel = 1 optymalizator przesyła dane w czasie rzeczywistym oraz komunikuje się za pomocą WIFI lub LAN. Za spełnienie powołanego parametru odpowiedzialne są właśnie optymalizatory mocy, których karty zostały złożone wraz z ofertą. Według odwołującego jego oferta zatem spełniała dodatkowo punktowane 15 pkt kryterium, co zostało jednak przez zamawiającego pominięte.

Zdaniem odwołującego wskutek błędnej oceny przez zamawiającego kryterium „*Monitoringu pracy pojedynczego modułu PV*” doszło do niedoszacowania punktowego złożonej przez niego oferty, która jest najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych. Nie doszło zatem do wyboru oferty zgodnie z przepisami Pzp najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 Pzp co stanowi czynność zamawiającego sprzeczną z ustawą.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Art. 253 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,*
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*
– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych w ramach projektu „Odnawialne źródła energii w Gminie Dmosin.

Ustalono także, że w pkt. XIX SWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, gdzie w 2.2.5. wskazano, że:

2.2.5. za kryterium Monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV $P_x(J_m)$ punkty będą przyznawane według reguły:

*$P_x(J_m)$ 0 pkt za brak możliwości monitorowania parametrów pracy pojedynczego modułu PV
 $P_x(J_m)$ 15 pkt za możliwość monitorowania parametrów pracy pojedynczego modułu PV.*

Ustalono także, że w programie funkcjonalno-użytkowym (PFU), stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ zamawiający zawarł następujące postanowienia:

21. Optymalizacja

W celu zmaksymalizowania produkcji energii elektrycznej z Instalacji PV Zamawiający wymaga, aby każda instalacja PV została wyposażona w system optymalizacji pracy, który będzie:

- 1. zapobiegał stratom mocy powstającym wskutek różnicy bądź wahań mocy pomiędzy modułami w Instalacji PV*
- 2. pozwalał osiągnąć wyższe uzyski energii z Instalacji.*
- 3. pozwalał monitorować parametry pracy Instalacji za pomocą aplikacji mobilnej i lub przeglądarki internetowej.*

22. Monitoring parametrów pracy modułu

Wymaganie opcjonalne

W celu zmaksymalizowania produkcji energii elektrycznej z Instalacji PV oraz bieżącego i stałego monitoringu jakości pracy zamontowanych Instalacji PV, Zamawiający

wymaga, aby każda instalacja PV została wyposażona w system optymalizacji pracy, który będzie pozwalał monitorować parametry pracy każdego z zainstalowanych modułów, co najmniej w zakresie:

1. wielkości produkcji
2. energii
3. napięcia.

Następnie ustalono, że 2022 r. w odpowiedzi na pytanie nr 148, zadane przez jednego z wykonawców o treści:

Prosimy o informacje, jakich dokumentów będzie wymagał Zamawiający do potwierdzenia parametrów podanych w pkt XIX. SWZ opisie kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

zamawiający udzielił odpowiedzi nr 148 o treści:

Na potwierdzenie spełniania parametrów technicznych zaproponowanej instalacji PV, będących jednocześnie kryteriami oceny jakościowej złożonej ofert i określonych w rozdziale XIX punkt 2.2. Zamawiający wymaga wypełnienia punktu 6 w Formularzu ofertowym oraz dostarczenia wraz z ofertą kart katalogowych producenta, w których jednoznacznie będą przedstawione informacje o wartościach wymaganych do oceny jakościowej oferty parametrów technicznych.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) odwołującego,
- 2) wykonawcy Sebastian Dunin, Mioniko,
- 3) wykonawcy Jolanta Sekuła, JSB Construction PPHU.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono kolejno, że odwołujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenie, że oferuje spełnianie wymagania opcjonalnego *Monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV* (pkt. 6 ppkt. 5 formularza ofertowego). Ustalono także, że w załączniku 1b do formularza ofertowego odwołujący oświadczył, że oferuje m.in.

wymagania		Oferowane rozwiązanie			
20.12.	System monitoringu produkcji energii	AFORE	Aplikacja SPEKTOR	Aplikacja SPEKTOR	Dokument Spektor Prezentacja
21.	Optymalizacja	GNE	Honeybee 650 PLC	Honeybee 650 PLC	Dokument Honeybee 650

					PLC
22.	Monitoring parametrów pracy modułu	AFORE	Aplikacja SPEKTOR	Aplikacja SPEKTOR	DOKUMENT Spektor Prezentacja

Ustalono także, że do oferty odwołujący załączył m.in.: kartę katalogową pochodzącą od producenta optymalizatora Honeybee 650 PLC. W karcie tej wskazano na „Monitorowanie parametrów pracy modułu w czasie rzeczywistym”.

Ustalono również, że odwołujący załączył do oferty także dokument pn. Spektor Prezentacja ukazujący sposób działania aplikacji do monitorowania parametrów pracy modułu.

Kolejno ustalono, że odwołujący załączył do oferty kartę katalogową sterownika optymalizatora Beebox – PLC.

(por. oferta odwołującego w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że pismem z 8 listopada 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Sebastian Dunin, Mioniko jako najkorzystniejszej, która uzyskała 85,75 pkt. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z łączną punktacją 85 pkt. Oferta odwołującego uzyskała 0 pkt w kryterium oceny ofert „*monitoring pracy pojedynczego modułu PV*”. (por. ww. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Zamawiający nie przesłał odwołującemu uzasadnienia faktycznego nieprzyznania jego ofercie punktów w kryterium oceny ofert „*monitoring pracy pojedynczego modułu PV*” (okoliczność niesporna, przyznana przez zamawiającego w trakcie posiedzenia).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający, wbrew obowiązкови wynikającemu z przepisu art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp nie przesłał odwołującemu uzasadnienia faktycznego nieprzyznania punktacji w jakościowym kryterium oceny ofert „*monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV*”. Przywołany wyżej przepis nakłada na zamawiającego obowiązek sporządzenia i przesłania wykonawcy nie tylko informacji o punktacji przyznanej ofercie w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, ale także stosownego uzasadnienia faktycznego i prawnego w tym zakresie.

Obowiązek podania uzasadnienia faktycznego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi przejaw zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 Pzp. Naruszenie obowiązku uzasadnienia czynności wyboru sprawia, że postępowanie staje się bowiem nietransparentne. Odstąpienie od obowiązku uzasadnienia narusza także zasadę jawności postępowania. Wreszcie powyższe narusza zasadę równego traktowania wykonawców, stawia bowiem w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Dostrzeżenia wymagało również, że podanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia jest kluczowe celem zapewnienia wykonawcy pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. Poznanie motywacji zamawiającego ma wpływ nie tylko na podjęcie przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej ale także na kształt i treść środka odwoławczego. Dopiero należycie uzasadniona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej pozwala wykonawcy prawidłowo sformułować i uzasadnić zarzuty odwołania. W konsekwencji dopiero uzasadniona czynność zamawiającego podlegać może kontroli pod kątem merytorycznej jej poprawności.

W analizowanej sprawie zamawiający całkowicie odstąpił od obowiązku podania uzasadnienia faktycznego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie punktacji w spornym kryterium oceny ofert „monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV”. Zaniechanie to uniemożliwiło odwołującemu prześledzenie konkretnych przyczyn, dla których nie uzyskał on punktacji w ww. kryterium. Na powyższe odwołujący zwrócił uwagę w trakcie rozprawy. Z tego powodu wykonawca zmuszony został do poprzestania w odwołaniu na postawieniu zarzutu, że domaga się przyznania punktacji, gdyż oświadczył w formularzu, iż oferuje rozwiązanie za które zamawiający zamierzał przyznać punkty i złożył dokumenty, mające potwierdzać zaoferowane rozwiązanie. W szczególności jednak odwołujący wnosząc odwołanie nie posiadał wiedzy, dlaczego i w jakim zakresie zamawiający uznał te dokumenty za niewystarczające celem wykazania, że wykonawca zaoferował monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV

O przyczynach nieprzyznania punktacji w spornym kryterium zamawiający poinformował odwołującego dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Dopiero z odpowiedzi na odwołanie odwołujący dowiedział się, że powodem nieprzyznania punktacji było to, że zdaniem zamawiającego:

- a) jedynym dowodem spośród dokumentów złożonych przez odwołującego, który wziął pod uwagę przy ocenie spełniania wymagania „Monitorowanie pracy pojedynczego modułu PV” był dokument „Spektor Prezentacja.pdf” i że przy ocenie tej pominął dokument „Beebox-PLC 21.02.2022.pdf” i dokument „Honeybee 650 PLC.pdf”;

b) w dokumencie „Spektor Prezentacja.pdf” nie ma żadnych informacji, które potwierdzałyby, że zaoferowany system „pozwała monitorować parametry pracy każdego z zainstalowanych modułów: co najmniej w zakresie: wielkości produkcji energii, napięcia”. Jest za to szereg informacji o funkcjonalnościach systemu, ale odnoszących się do wymagań z warunku 20.12 „System monitoringu produkcji energii”, a nie warunku 22.

Zdaniem Izby, gdyby odwołujący znał rzeczywiste powody nieprzyznania mu punktacji w spornym kryterium, byłby w stanie w inny sposób sformułować zarzuty w odwołaniu i ich podstawę faktyczną. Przypomnienia zaś wymaga w tym miejscu, że zgodnie z art. 555 Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedstawione w odwołaniu*. Powyższy zakaz oznacza związanie Izbą podstawą faktyczną zarzutów z odwołania i ich uzasadnieniem faktycznym. Z uwagi na omawiany zakaz odwołujący nie mógł skutecznie rozszerzać dopiero na rozprawie podstawy faktycznej wniesionego odwołania, tak aby objąć nią faktyczne motywy nieprzyznania mu punktów w spornym kryterium oceny ofert, ujawnione dopiero w odpowiedzi na odwołanie. W konsekwencji Izba nie mogła zatem badać nowo powołanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie podstaw faktycznych nieprzyznania punktacji, nawet jeśli odwołujący usiłowałby się do nich odnieść w trakcie rozprawy, gdyż dotyczyło to materii nieobjętej zarzutami odwołania.

Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko co do wagi instytucji uzasadnienia czynności zamawiającego, wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *„(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości*

środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Orzeczenia te dotyczyły wprawdzie instytucji uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, o której mowa w art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nie instytucji uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z art. 253 ust. 1 pkt 1 Pzp, jednakże argumentacja w nich przedstawiona posiadała walor uniwersalny i powinna być odniesiona również do instytucji uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z takim uzasadnieniem faktycznym, jakie zaprezentowano przy piśmie z dnia 8 listopada 2022 r. nie odpowiadała prawu i jako taka musi zostać unieważniona. Zamawiający bez podania jakiegokolwiek powodu nie przyznał odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert „monitoring pracy pojedynczego modułu PV”. Wobec powyższego

stwierdzono, że zamawiający wybrał ofertę niezgodnie z kryteriami ceny ofert określonymi w SWZ, czym naruszył art. 239 ust. 1 Pzp.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający bez podania jakiegokolwiek powodu nie przyznał odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert „*monitoring pracy pojedynczego modułu PV*”, zaś ewentualne uzyskanie punktów w tym kryterium przez odwołującego doprowadzi do awansu oferty odwołującego w rankingu ofert na miejsce pierwsze.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo*
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo*
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

Dariusz Dile



Na oryginale właściwe podpis
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej

Jan Krzemiński