

Nowakowski Tarsalewski

Adwokaci sp. p.

**KANCELARIA
ADWOKACKA**

ul. Narutowicza 44 lok. 19, III p.

PL 90-135 Łódź

tel. (042) 636 04 30

tel/fax (042) 633 10 88

sekretariat@nowakowski-tarsalewski.pl

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 Pabianice

NIP: 7312045200

KRS: 0000463831

Tel.: 42 226 04 53

Adres e-mail: przetargi@flexipowergroup.pl

reprezentowana przez

adw. Rafała Tarsalewskiego

korespondencję dotyczącą sprawy, terminów, przystąpień i pism procesowych proszę kierować

na adres: r.tarsalewski@nowakowski-tarsalewski.pl

Zamawiający:

Gmina Nowosolna

ul. Rynek Nowosolna 1

92-703 Łódź

e-mail: urzad@gminanowosolna.pl

Dotyczy: „Dostawa i instalacja instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Nowosolna w ramach projektu „Zwiększenie produkcji energii ze źródeł odnawialnych na terenie gminy Nowosolna”

Nr ogłoszenia w Dz. U. UE: Dz.U./S S100 26/05/2021 263921-2021-PL

Nr referencyjny zamówienia: RI.271.1.9.2022

Wpis: 15.000 (piętnaście tysięcy) złotych

Odwołanie

wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

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 wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. .**

Zamawiającemu **zarzucam:**

- I. naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p.** poprzez dokonanie wyboru oferty ML System+ sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu przy uwzględnieniu w badaniu ofert oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.
- II. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p.** poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na tej podstawie, że Wykonawca nie określił jednej ceny dla instalacji fotowoltaicznej o mocy min. 5,04 kWp, co w ocenie Zamawiającego prowadzi do sprzeczności oferty z treścią arkusza asortymentowo – cenowego, podczas gdy sprzeczność taka nie zachodzi, SWZ nie zawierała żadnych postanowień dotyczących zastosowania jednej ceny dla konkretnych pozycji w formularzu ofertowym, a nadto oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie utraciła waloru porównywalności z innymi ofertami.

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

- I.** uwzględnienie odwołania,
- II.** nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia ,
- III.** nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z dnia 18 października 2022 r.

- IV.** nakazanie Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie badania ofert z uwzględnieniem oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.

nadto, **wnoszę o:**

- V.** orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,
- VI.** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- VII.** zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na „Dostawę i instalację instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Nowosolna w ramach projektu „Zwiększenie produkcji energii ze źródeł odnawialnych na terenie gminy Nowosolna”

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane Odwołującej się w dniu 18 października 2022 r. W związku z powyższym dziesięciodniowy termin, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p., zostanie dochowany w przypadku złożenia go najpóźniej w dniu 28 października 2022 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. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Odwołująca się ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. Wynika to z faktu, że jej oferta jest najkorzystniejsza w bilansie ceny i pozacenowych kryteriów oferty, a została odrzucona.

Utrzymanie w mocy czynności z dnia 18 października 2022 r. uderza bezpośrednio w interes FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Po pierwsze czynność ta uniemożliwia wybór oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. w niniejszym postępowaniu oraz uniemożliwia zawarcie umowy

co wprost wywołuje szkodę w granicach *lucrum cessans*. Po drugie utrzymanie czynności unieważnienia postępowania otwiera Zamawiającemu możliwość ponownego przeprowadzenia postępowania, co niejako ujawnia dotychczasowe oferty Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu na podstawie co zniweluje efekt konkurencyjnego zaskoczenia i może znacząco wpłynąć na oferty zaoferowane w ponownie rozpisany postępowaniu.

W tym stanie rzeczy interes we wniesieniu odwołania jawi się jako oczywisty.

II. Stan faktyczny

W dniu 24 sierpnia 2022 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie Dostawy i instalacji instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Nowosolna w ramach projektu „Zwiększenie produkcji energii ze źródeł odnawialnych na terenie gminy Nowosolna”

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu (w aktach postępowania)

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła m.in. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.,

Dowód:

- oferta FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. (w aktach postępowania),

- informacja z otwarcia ofert (w aktach postępowania).

W dniu 21 września 2022 r. Zamawiający na pytania wykonawców (pytanie nr 2) „Czy Zamawiający przewiduje montaż instalacji w budynkach o powierzchni powyżej 300m²? Jeśli tak prosimy o uwzględnienie odpowiednich stawek VAT w formularzu (VAT dzielony 8 i 23%)” Odpowiedzi, że modyfikuje formularz w zakresie stawek VAT, wskazując, że 83 domy mają powierzchnie do 300 m², a 4 przekraczają tę powierzchnie i wskazał poszczególne powierzchnie dla każdego z budynków, informując o modyfikacji treści arkusza asortymentowo -cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ

Pytanie 2

Czy Zamawiający przewiduje montaż instalacji w budynkach o powierzchni powyżej 300 m²? Jeśli tak prosimy o uwzględnienie odpowiednich stawek VAT w formularzu (VAT dzielony 8 i 23%).

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że modyfikuje formularz w zakresie stawek VAT. Jednocześnie przekazuje do wiadomości, że 83 domy mają powierzchnię do 300 m², a 4 powyżej i są to następujące powierzchnie: dom 1 – 421 m², dom 2 – 320,33 m², dom 3 – 550,66 m², dom 4 – 300,1 m².

W związku z powyższym Zamawiający modyfikuje treść arkusza asortymentowo-cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ.

Dowód:

- odpowiedzi na pytanie Wykonawcy z dnia 21 września 2022 r. (w aktach postępowania),

- arkusz asortymentowo-cenowy – zał. nr. 2 (w aktach postępowania),
- arkusz asortymentowo-cenowy – zał. nr. 2 – 21.09.2022 r. (w aktach postępowania).

Formularz został zmodyfikowany w następujący sposób, że dla poszczególnych mocy instalacji, które mają zostać zaprojektowane i dostarczone w miejsce następujących kolumn :

Lp.	Parametry wymagane minimalne	Parametry oferowane	Liczba kpl.	VAT w %	Cena jednostkowa netto	Wartość netto ogółem (kol. 4x6)	Wartość brutto (kol. 7 + VAT)
1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.

Wprowadzono następujące kolumny :

Lp.	Parametry wymagane minimalne	Parametry oferowane	Liczba kpl.	Cena jednostkowa brutto	Wartość brutto
1.	2.	3.	4.	5	6

Dla instalacji na budynkach, na których możliwe było zastosowanie dwóch stawek podatkowych FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. wypełniła zmodyfikowany arkusz w następujący sposób:

3.	Instalacja fotowoltaiczna o mocy min. 5,04 kWp składająca się z:	41	cena dla obiektów poniżej 300 m2 - 21 725,28 zł.	893 602,84 zł
	Panel fotowoltaiczny:	OMNIS POWER CORTEX OP455M72-P2 (nazwa, typ, producent oferowanego panelu)		
	a) moc min. 360 W, b) materiał ogniw a – krzem monokrystaliczny c) typ ogniw: PERC d) sprawność min. 20,4% e) temperatury w współczynnik napięcia - TcI = od +0,027%/°C do +0,05%/°C f) temperatury w współczynnik napięcia - TcP = od -0,24%/°C do -0,31%/°C g) temperatury w współczynnik mocy - TcP = od 0 %/°C do -0,40%/°C h) zabezpieczenie przed prądami w steczynymi – min. 20A i) gniazdo przyłączeniowe – min. IP67 j) odporność na obciążenie śniegiem - 5400Pa– potwierdzona certyfikatem zgodnie z IEC 61215- 1:2016 oraz IEC 61730-2:2016 k) odporność na napór wiatru – 2400Pa potwierdzona certyfikatem l) klasa modułu - A m) liczba busbar – min. 5 n) tolerancja mocy do +3% o) grubość ramki max: 35 mm +20% p) narożniki ramy modułu – zaciskane mechanicznie - nie dopuszczalne narożniki typu self-locking - szyba: hartowana 3,2 mm z powłoką antyrefleksyjną o przepuszczalności światła na poziomie min. 94% q) potwierdzone oświadczeniem producenta szkła.	a) Moc 450W b) krzem monokrystaliczny c) typ ogniw: PERC d) sprawność 20,6% e) temperatury w współczynnik napięcia - TcI = 0,05%/°C f) temperatury w współczynnik napięcia - TcP = od -0,25%/°C g) temperatury w współczynnik mocy - TcP = -0,32%/°C h) zabezpieczenie przed prądami w steczynymi – 25A i) gniazdo przyłączeniowe – min. IP67 j) odporność na obciążenie śniegiem - 5400Pa– potwierdzona certyfikatem k) odporność na napór wiatru – 2400Pa potwierdzona certyfikatem l) klasa modułu - A m) liczba busbar – 9 n) tolerancja mocy do + 3% o) grubość ramki: 35 mm p) narożniki ramy modułu – zaciskane mechanicznie - szyba: hartowana 3,2 mm z powłoką antyrefleksyjną o przepuszczalności światła na poziomie min. 94% q) potwierdzone oświadczeniem producenta szkła. r) nanopowłoka – naniesiona na etapie produkcji modułów fotowoltaicznych		
	Moduły pow inny posiadać: Certyfikat EC 61215, IEC 61730 IEC 61701 i IEC 62716 lub równoważne	Moduły pow inny posiadać: Certyfikat EC 61215, IEC 61730 IEC 61701 i IEC 62716 lub równoważne		
	Certyfikat odporności na amoniak w g normy PN EN 62716 lub równoważny Certyfikat odporności na mgłę solną w g normy PN EN 61701 lub równoważny Certyfikat odporności na efekt LID w g normy IEC 60904 lub równoważny Certyfikat odporności na efekt PID w g normy IEC 62804 lub równoważny	Certyfikat odporności na amoniak w g normy PN EN 62716 lub równoważny Certyfikat odporności na mgłę solną w g normy PN EN 61701 lub równoważny Certyfikat odporności na efekt LID w g normy IEC 60904 lub równoważny Certyfikat odporności na efekt PID w g normy IEC 62804 lub równoważny		
	Falownik	AFORE BNT005KTL (nazwa, typ, producent oferowanego falownika)		
	3-fazowy PV dla instalacji o mocy do 5,04 kWp liczba zastawianych faz - trzy fazy b) moc inwertera - 5000W ±10% c) maksymalne napięcie prądu inwertera – nie większe niż 13,5 A / 13,5 V d) napięcie minimalne dla każdego MPPT inwertera – nie większe niż 140 V e) napięcie rozpoczęcia pracy nie większe – nie większe niż 150 V f) liczba niezależnych MPPT – min. 2, g) sprawność maksymalna – nie mniej niż 98,2%, h) stopień ochrony przeciwporażeniowej – min. IP65 i) dopuszczalna wilgotność powietrza - 0-100% j) ochrona AFCI k) Moduł komunikacyjny - WIFI, LAN – inwerter ma mieć możliwość podłączenia modułu komunikacyjnego celem podłączenia do sieci WIFI/LAN. Zakup modułu i podłączenie na indywidualne zlecenie	3-fazowy PV dla instalacji o mocy do 5,04 kWp liczba zastawianych faz - trzy fazy b) moc inwertera - 5000W c) maksymalne napięcie prądu inwertera – 16 A d) napięcie minimalne dla każdego MPPT inwertera 140 V e) napięcie rozpoczęcia pracy nie większe 150 V f) liczba niezależnych MPPT 2, g) sprawność maksymalna 98,3%, h) stopień ochrony przeciwporażeniowej IP65 i) dopuszczalna wilgotność powietrza 0-100% j) ochrona AFCI k) Moduł komunikacyjny - WIFI, LAN – inwerter ma mieć możliwość podłączenia modułu komunikacyjnego celem podłączenia do sieci WIFI/LAN. Zakup modułu i podłączenie na indywidualne zlecenie		
	Przewody połączeniowe	zgodnie z wymaganiami PFU		
	Stelaryzacja i w sporniki modułów PV oraz falownika i układów zabezpieczających	zgodnie z wymaganiami PFU		

FlexiPower Group sp.z o.o. sp.k. wskazała jedną cenę brutto dla instalacji na budynkach poniżej 300 m2 oraz 4 ceny dla obiektów większych niż 300 m2. Jednocześnie do formularza dopisano zastrzeżenie z użyciem znaku asterisk (*), w którym wyjaśnił, że zgodnie z udzielonymi odpowiedziami na pytania, w związku z brakiem informacji o mocach instalacji na budynkach o powierzchni większej niż 300 m2, Wykonawca wyliczył je jako najwyższe z zaoferowanych mocy instalacji

Dowód:

- arkusz asortymentowo-cenowy – zał. nr. 2 – 21.09.2022 r. (w aktach postępowania)

W dniu 18 października 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę z uwagi na fakt, że FlexiPower Group sp. z o.o. wskazała różne ceny dla instalacji w zależności od powierzchni budynku. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji stwierdził, że modyfikacja arkusza asortymentowo –

cenowego wskazała na wymóg **jednej** ceny jednostkowej brutto. Z powyżej powołanych odpowiedzi na zadane pytania nie płynął wniosek zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia, wobec czego nie jest możliwe uznanie, że oferta jest niezgodna z treścią SWZ.

III. Uzasadnienie zarzutów odwołania

Stosownie do uzasadnienia odrzucenia Zamawiający uznał, że treść formularza pozwalała na wpisanie jedynie **jednej** ceny jednostkowej brutto. Wniosek ten został wywiedziony ze zmiany polegającej na wykreśleniu obowiązku wskazywania ceny jednostkowej netto i stawki podatku VAT i zastąpienie w tym miejscu ceną jednostkową brutto.

Z punktu widzenia przyjętej podstawy odrzucenia oferty – art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p - należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest, ażeby Zamawiający, który z takiego uprawnienia korzysta, wskazał na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Odwołująca zarzuca to, że takich konkretnie wskazanych warunków, które stałyby się kryterium oceny w zakresie zgodności ofertą nie było w zakresie treści arkusza asortymentowo – cenowego.

W ocenie Odwołującej się zarzut stawiany ofercie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. jest całkowicie bezpodstawny. Z punktu widzenia elementarnych zasad logiki z treści odpowiedzi nr 2 z dnia 21 września 2022 r. nie jest możliwe wyciągnięcie jednoznacznego wniosku o tym, że Wykonawca zobowiązany był do wskazania jednej ceny jednostkowej brutto. **Wbrew twierdzeniu Zamawiającego z treści arkusza asortymentowo – cenowego nie wynika, że Wykonawca powinien określić jedną cenę jednostkową brutto. Została natomiast podana jedna wartość brutto dla całych zakresów mocy instalacji.**

Dokonanie rozbicia cen w formularzu cenowym wynikało z faktu, że Zamawiający nie przypisywał mocy instalacji w dokumentach technicznych w stosunku do poszczególnych powierzchni budynków, wobec czego Wykonawca przypisał budynki o powierzchni powyżej 300 m² do instalacji najdroższych (o największej mocy). Jednocześnie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. podało w arkuszu asortymentowo – cenowym wartości brutto łączne dla instalacji powyżej 5,04

kWp a zsumowana wartość brutto wszystkich instalacji jest zgodna z oświadczeniami złożonymi w formularzu ofertowym.

Co istotne, z powyższego wynika, że oferta nie może zostać uznana za niezgodną z SWZ – zgodnie bowiem z punktu widzenia specyfikacji określonej przez Zamawiającego **Zamawiający nie określił jakichkolwiek ograniczeń dla wskazania jednej ceny jednostkowej brutto dla wszystkich instalacji. Żadne oświadczenie Zamawiającego zmieniające specyfikację, ani żadna jednostka redakcyjna Specyfikacji Warunków Zamówienia nie zawierają warunku, który mógłby doprowadzić do uznania oświadczeń Zamawiającego za niezgodne ze Specyfikacją.**

Antycypując podjętą przez Zamawiającego obronę nawet gdyby uznać jednak, że Zamawiający miał na celu ograniczenie możliwości wypełnienia arkusza asortymentowo – cenowego do pojedynczej ceny jednostkowej brutto dla instalacji powyżej 5,04 kWp, należy stwierdzić, że stanowisko Zamawiającego wymaga interpretacji wykraczającej poza interpretację literalną treści SWZ oraz treści odpowiedzi na pytania Zamawiającego, mogących rodzić istotne wątpliwości co do skutków udzielenia odpowiedzi i modyfikacji formularza. W zamówieniach publicznych obowiązuje zasada, że wszelkie wątpliwości w postępowaniu powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Zasada ta jest aplikowalna dla niniejszej sytuacji przede wszystkim ze względu na to, że zgodnie z punktem 20 SWZ przy wyborze oferty Zamawiający miał się kierować ceną oferty brutto, a nie różnicami w cenach jednostkowych dla poszczególnych mocy instalacji. Ponadto zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wyrażonym w punkcie 18.7. SWZ: Cena oferty w złotych polskich (tj. cena wynikająca z Formularza ofertowego i Arkusza asortymentowo-cenowego) składana przez wykonawców z terytorium Polski powinna być podana w następujący sposób: cena całkowita brutto oferty, tak jak to wynika z Formularza ofertowego i Arkusza asortymentowo-cenowego.

Tym samym, ze względu na to, że oferta nie utraciła waloru porównywalności na żadnym etapie badania arkusza asortymentowo – cenowego, nawet przy przyjęciu negatywnej dla Wykonawcy interpretacji oświadczeń Zamawiającego uznać należy, że oferta po rozstrzygnięciu wątpliwości interpretacyjnych nie jest niezgodna z SWZ.

Konsekwencją powyższych okoliczności jest fakt, że oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie podlegała odrzuceniu, co czyni w konsekwencji niezgodną z ustawą czynność wyboru

najkorzystniejszej oferty z pominięciem oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. jako dokonaną z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p.

IV. 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. Utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. miałyby taki wpływ na wynik postępowania, że oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Jak wskazuje Izba m.in. w wyroku z dnia 5 października 2016 r. (KIO 1760/16) *„Za wynik postępowania należy uznać wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej.”* Uwzględnienie odwołania będzie skutkować tym, że w postępowaniu będzie mogła być wybrana oferta Odwołującej.

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

Michał Post

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

Wykaz załączników:

- dokumenty wymienione w treści odwołania,
- dowód nadania odwołania dla Zamawiającego w formie elektronicznej,
- dowód wniesienia wpisu w wysokości 15. 000 (piętnastu tysięcy) złotych,
- 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.