Sygn. akt: KIO 4493/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Kot

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu29 listopada 2024 r. przez wykonawcę New Sun sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie(dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga-Południe z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający")

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt KIO 4493/24

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga-Południe z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający" lub „Miasto Stołeczne Warszawa") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Montaż instalacji fotowoltaicznej dla: a) Centrum Kształcenia Ustawicznego nr 5 przy ul. Mińskiej 1/5 w dzielnicy Praga-Południe w Warszawie; b) Centrum Kształcenia Zawodowego nr 1 przy ul. Berka Joselewicza 4 w dzielnicy Praga-Południe w Warszawie; c) Dzielnicowym Biurze Finansów Oświaty przy ul. Grochowskiej 262 w dzielnicy Praga-Południe w Warszawie" (Nr referencyjny: UD-VI-ZP/37/24, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 20 września 2024 r. pod numerem: 567840-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

29 listopada 2024 r. wykonawca New Sun sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie(dalej: „Odwołujący" lub „New Sun") wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez dokonanie czynności odrzucenia oferty New Sun, która jest złożona zgodnie z warunkami zamówienia;

2)art. 255 pkt 2 ustawy Pzp przez unieważnienie Postępowania, pomimo że oferta New Sun jest zgodna ze Specyfikacją warunków zamówienia (dalej: „SWZ"), a zatem jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu, oraz mieści się w kwocie jaką Miasto Stołeczne Warszawa przeznaczyło na zamówienie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania;

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty New Sun;

3)dokonanie ponownego przeliczenia punktacji ofert nieodrzuconych oraz wyboru oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert.

12 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i

podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia jest montaż instalacji fotowoltaicznej w:

a)Centrum Kształcenia Ustawicznego nr 5 przy ul. Mińskiej 1/5 w dzielnicy Praga-Południe w Warszawie;

b)Centrum Kształcenia Zawodowego nr 1 przy ul. Berka Joselewicza 4 w dzielnicy Praga-Południe w Warszawie;

c)Dzielnicowym Biurze Finansów Oświaty przy ul. Grochowskiej 262 w dzielnicy Praga-Południe w Warszawie (vide: Rozdział 8 ust. 1 SWZ).

Stosownie do brzmienia postanowień Rozdziału 8 ust. 2-3 SWZ:

„2. W zakres zamówienia wchodzi:

1)wykonanie dokumentacji projektowej montażu instalacji fotowoltaicznej w obiektach wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i opiniami wymaganymi szczegółowymi przepisami,

2)zakup i dostawa instalacji fotowoltaicznej w obiektach, zgodnie z dokumentacją techniczną,

3)wykonanie robót budowlanych, polegających na montażu instalacji fotowoltaicznej w obiektach, na podstawie wykonanej dokumentacji, wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą oraz sprawowaniem nadzoru autorskiego,

4)montaż paneli fotowoltaicznych na powierzchni dachowej budynków w systemie bezinwazyjnym tj. bez naruszenia ciągłości izolacji termicznej oraz przeciwwilgociowej połaci dachu.

3.Szczegółowy opis oraz zakres prac określają Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiący załącznik nr 11 do SWZ.

(…)”.

Zgodnie z ust. 2 pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”);

„2) Elementy instalacji fotowoltaicznej:

a) Monokrystaliczne moduły fotowoltaiczne.

Parametry pojedynczego modułu w standardowych warunkach testowania STC nie powinny być gorsze niż:

Typ ogniw - Monokrystaliczne

Moc znamionowa P(STC) min - 550 Wp

Napięcie jałowe Uoc min - 41,3 – 49,5 V (*)

Prąd zwarciowy Isc min - 14,0 – 14,4 A (*)

Maksymalne napięcie znamionowe Vmp - 40,0 – 40,4 V (*)

Liniowa gwarancja wydajności min - 80 % po 30 latach

Efektywność modułu min - 21,20 %

Maksymalne napięcie systemu min - 1000/1500 DC

Maksymalne zabezpieczenie - 30 A

Test obciążenia - 5400 Pa

Zakres temperatur otoczenia - od - 40°C do + 85°C

Współczynnik temperaturowy Isc - 0,05 %/°C

Współczynnik temperaturowy Uoc - - 0,29 %/°C (*)

Współczynnik temperaturowy P - - 0,35 %/°C (*)

Grubość ramy – 32 mm + 5 mm

Kolor modułu - czarny

Kolor ramki - czarny

Zamawiający w zaznaczonych parametrach (*) dopuszcza zmianę parametrów o wartość ± 4 %. Zamawiający nie dopuszcza modułów bifacjalnych”.

W myśl postanowień Rozdziału 16 ust. 7 SWZ:

„Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę, w skład której wchodzi:

(…)

7. Przedmiotowe środki dowodowe tj.: karty katalogowe i certyfikaty wymienione w OPZ – potwierdzające spełnienie parametrów OPZ dla: modułów fotowoltaicznych, Systemu Zarządzania Energią i inwertera fotowoltaicznego oraz symulacje pracy instalacji w oparciu o popularne programy symulacyjne.
Przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu. Nie dołączenie ww. dokumentów, do oferty skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy.
(…)".
W karcie katalogowej zaoferowanego przez Odwołującego modułu fotowoltaicznego IBEX66M-EiGER 650-670 FULL BLACK typ 670 znajdują się następujące dane dla wymaganych parametrów:

- ✓„Prąd Zwarcia (Isc) (A)" – „18.51 A",
- ✓„Napięcie znamionowe Vmpp [V]" – „38.30 V".

19 listopada 2024 r. Miasto Stołeczne Warszawa poinformowało wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o unieważnieniu prowadzonego Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu. W piśmie z dnia 19 listopada 2024 r. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty New Sun (pisownia oryginalna):
„Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty.
Zamawiający, w niniejszym postępowaniu zgodnie z zapisami SWZ pkt. 16.7 wymagał dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych tj.: kart katalogowych i certyfikatów wymienionych w OPZ – potwierdzające spełnienie parametrów OPZ dla: modułów fotowoltaicznych, Systemu Zarządzania Energią i inwertera fotowoltaicznego oraz symulacje pracy instalacji w oparciu o popularne programy symulacyjne.
Przedmiotowe środki dowodowe nie podlegały uzupełnieniu.
Wykonawca załączył do oferty przedmiotowe środki dowodowe.
W trakcie weryfikacji przedmiotowych środków dowodowych stwierdzono, iż:
W zaproponowanym module fotowoltaicznym jest parametr prądu zwarciowego (Isc) = 18,51 A. W OPZ prąd zwarciowy jest wskazany w przedziale 14,0 – 14,4 A z odchyłką +-4 % tj. 13,44 – 14,98 A. Podana wartości w ofercie 18,51 nie mieści się w podanym przedziale, więc nie spełnia wymagań OPZ.
Dodatkowo w zaproponowanym module fotowoltaicznym jest parametr napięcia znamionowego (Vmpp) = 38,30 V. W OPZ maksymalne napięcie znamionowe jest wskazane w przedziale 40,0 – 40,4 V z odchyłką +-4 % tj. 38,40 – 42,02 V. Podana wartości w ofercie 38,30 V nie mieści się w podanym przedziale, więc nie spełnia wymagań OPZ.
Dla Centrum Kształcenia Ustawicznego nr 5 przy ul. Mińskiej 1/5 dobrano panele fotowoltaiczne o mocy 49,58 kW w symulacji. Z symulacji nie wynika który z dwóch zaznaczonych w karcie katalogowej falowników został zastosowany. Zamawiający założył, że oferent zastosował falowniki o maksymalnej mocy 20 kWp/szt, co łącznie daje moc 40 kWp. Standardowe wyprodukowanie mocy z powyższego rozwiązania powoduje odcięcie nadwyżki produkowanej energii elektrycznej powyżej 40 kWp, co powoduje stratę 9,58 kWp. W związku z powyższym występuje przeciążenie zaproponowanych falowników.
Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty.
W związku z powyższym Zamawiający odrzuca niniejszą ofertę – Zamawiający odrzuca ofertę niezgodną z warunkami zamówienia (podstawa prawna: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp)".

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.
Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (..)".
W myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp poprzez warunki zamówienia należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Art. 255 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…); 2) wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu (…)".

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów podniesionych w odwołaniu w pierwszej kolejności należy wskazać, że „(…) Przedmiotem rozważań KIO, a w konsekwencji także sądu mogą być jedynie te decyzje zamawiającego (i ich uzasadnienie), które zamawiający podjął i przekazał uczestnikom postępowania przetargowego. To treść i forma tych ówczesnych decyzji zamawiającego wyznaczają granice rozpoznania odwołania przez KIO, a skargi przez sąd. Słuszne jest więc dokonanie rozstrzygnięcia w oparciu o to co (i jak) zamawiający zakomunikował wykonawcom w trakcie postępowania przetargowego. Ocena prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty

odwołującego musi być dokonana wyłącznie w zakresie uzasadnienia faktycznego tej czynności. Dlatego nie może być akceptowane dążenie przez zamawiającego do rozszerzenia uzasadnienia faktycznego tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu oferty. Jest to kwestia fundamentalna, bo to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (…); (…) Prawidłowe działania zamawiającego powinny zawsze polegać na powoływaniu w decyzjach o odrzuceniu danej oferty konkretnych przyczyn, z powodu których zamawiający się na to decyduje. Jeśli zamawiający uważa, iż wykonawca popełnił konkretne błędy, to te konkretne uchybienia powinny były zostać wyraźnie wskazane w treści decyzji o odrzuceniu oferty (…)" (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 16 listopada 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 108/21; por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 9 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1629/21, KIO 1638/21, z dnia 16 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 593/23, z dnia 27 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1672/21, z dnia 17 października 2014 r. o sygn. akt KIO 2028/14, z dnia 13 lipca 2021 r. o sygn. akt KIO 1848/21, z dnia 2 sierpnia 2016 r. o sygn. akt KIO 1346/16, z dnia 11 lipca 2017 r. o sygn. akt KIO 1290/17 oraz z dnia 15 kwietnia 2024 r. o sygn. akt KIO 1073/24).Zasadne wydaje się 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 (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Universale-Bau i in., pkt 78) (…)". Ponadto podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego". Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r. o sygn. akt KIO 1618/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 720/23). W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP") do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: 1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego (…)" (zob. „Prawo zamówień publicznych" – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Dla zastosowania procedury odrzucenia oferty na omawianej postawie niezbędne jest więc stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w dokumentach zamówienia wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Jak bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23 „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5

ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia (…); Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego (…)" (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 543/22). Innymi słowy zastosowanie wobec wykonawcy podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wymaga wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi postanowieniami dokumentów zamówienia treść oferty jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi bowiem szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty i brzmieniem dokumentacji postępowania. Jeżeli natomiast zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentów zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego musi być dokonana wyłącznie w oparciu o uzasadnienie wyżej wymienionej czynności zawarte w piśmie Miasta Stołecznego Warszawa z dnia 19 listopada 2024 r. Skoro bowiem w tym piśmie Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty New Sun, to również tam powinien był przedstawić pełne, precyzyjne i niebudzące wątpliwości uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o odrzuceniu jego oferty. Dlatego też nie może być akceptowane dążenie przez Miasto Stołeczne Warszawa do uzupełniania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty New Sun na etapie postępowania odwoławczego, na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie bądź też podczas rozprawy. Wszelkie nowe kwestie, które nie znalazły odzwierciedlenia w treści przekazanego przez Zamawiającego pisemnego zawiadomienia z dnia 19 listopada 2024 r. należało zatem uznać za spóźnione i jako takie co do zasady pozostawały bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy.

Przystępując zatem do badania prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy wskazać, co następuje.

Odnosząc się do dwóch pierwszych podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego tj. zarzucanej przez Miasto Stołeczne Warszawa niezgodności zaoferowanych przez New Sun parametrów – prądu zwarciowego (Isc) oraz napięcia znamionowego (Vmpp), w zaproponowanym module fotowoltaicznym, wymaga podkreślenia, że Zamawiający w ust. 2 pkt 2 OPZ w odniesieniu do monokrystalicznych modułów fotowoltaicznych używa określenia „nie gorszy niż", odnosząc go do każdego z podanych następnie parametrów pojedynczego modułu w standardowych warunkach testowania STC. Dalej należy zauważyć, że przed podaniem zakresu parametru prądu zwarciowego Miasto Stołeczne Warszawa używa określenia „min", co oznacza „minimalnie". Słowo minimalnie oznacza tyle, że użyte po nim liczebniki zajmują najniższe miejsce na dopuszczalnej skali. Skoro tak, każdy parametr wyższy od „minimalnego" spełnia tak opisane wymaganie. Z kolei w odniesieniu do napięcia znamionowego Zamawiający używa określenia „Maksymalne", po czym wskazuje tzw. „widełki". Analogicznie zatem parametr niższy od „Maksymalnego" spełnia opisane w taki sposób wymaganie. Trafnie podniósł Odwołujący, że karta katalogowa zaoferowanych modułów fotowoltaicznych określa konkretne wartości kwestionowanych przez Zamawiającego parametrów – „Prąd Zwarcia (Isc) (A)" – „18.51 A" oraz „Napięcie znamionowe Vmpp [V]" – „38.30 V". Tymczasem w OPZ Miasto Stołeczne Warszawa zastosowało stwierdzenia „min" oraz „Maksymalne", tj. określiło swoje oczekiwania w zakresie parametrów minimalnych i maksymalnych, podając przy tym wartości brzegowe, a ponadto wskazało, że parametry zaproponowanego modułu „nie powinny być gorsze niż". W tym miejscu konieczne jest zaznaczenie, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym wszelkie niejasności w treści dokumentów zamówienia sporządzonych przez zamawiającego powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców i nie mogą one powodować dla nich negatywnych skutków (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 14 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2249/22, KIO 2250/22, z dnia 28 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 1046/23 oraz z dnia 10 czerwca 2022 r. o sygn. akt KIO 1419/22). Z przywołanych orzeczeń wynika, że niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty. Jeśli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja postanowień OPZ, to wszelkie niejasności należy odczytywać na korzyść wykonawców, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę podwyższony miernik staranności wymagany w stosunkach danego rodzaju od wykonawcy zawodowo prowadzącego działalność gospodarczą i stale biorącego udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Postulat wykładni niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Skład orzekający wskazuje, że rozpoznając niniejszej odwołanie miał na uwadze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2024 r. o sygn. akt KIO 4162/24, który dotyczy tego samego zamawiającego, tego samego wykonawcy odwołującego się oraz niemal identycznego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Montaż instalacji fotowoltaicznej w Szkołach Podstawowych a) Szkoła Podstawowa nr 60 przy ul. Zbaraskiej 3 w dzielnicy Praga-Południe

w Warszawie, b) Szkoła Podstawowa nr 374 przy ul. Boremlowskiej 6/12 w dzielnicy Praga-Południe w Warszawie" (Nr referencyjny: UD-VI-ZP/35/24). W sprawie KIO 4126/24 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez New Sun i nakazała Miastu Stołecznemu Warszawa – „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert". Krajowa Izba Odwoławcza uznała wówczas, że przy tak sformułowanych przez Miasto Stołeczne Warszawa postanowieniach SWZ, nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec New Sun, który zaoferował moduł o parametrze „Prąd zwarciowy (Isc)" na poziomie „14,29 A" – przekraczającym „widełki" zastosowane przez zamawiającego. Istotne jest, że różnica pomiędzy treścią postanowienia ust. 2 pkt 2 OPZ w poprzednim i w aktualnym postępowaniu sprowadza się do tego, że w postępowaniu o nr UD-VI-ZP/35/24 w zakresie parametru „Prąd zwarciowy Isc min" Miasto Stołeczne Warszawa podało przedział „13,3 – 13,7 A (*)". Tymczasem w niniejszym Postępowaniu Zamawiający parametr „Prąd zwarciowy Isc min" określił jako „14,0 – 14,4 A (*)". W obu postępowaniach Miasto Stołeczne Warszawa zastosowało sformułowanie „nie powinny być gorsze niż" oraz dopuściło w zaznaczonych parametrach (*) ich zmianę o wartość ± 4 %. Izba w pełni podziela argumentację przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 listopada 2024 r. o sygn. akt KIO 4162/24. W szczególności zasadne jest stwierdzenie, że nie można uznać, iż parametr prądu zwarciowego na większym poziomie jest gorszy niż parametr na niższym poziomie, jest on po prostu odpowiedni dla urządzenia o danej mocy. Skład orzekający wskazuje, że z kart katalogowych załączonych do poszczególnych ofert wynika, że w przypadku parametru prądu zwarciowego, rośnie on wprost proporcjonalnie do mocy modułu. Innymi słowy, prąd zwarciowy na określonym poziomie jest po prostu odpowiedni dla urządzenia o danej mocy. Należy zauważyć, że Odwołujący zaproponował moduł fotowoltaiczny o dość wysokiej mocy – 670 Wp, co nie było przedmiotem zastrzeżeń Zamawiającego, gdyż Miasto Stołeczne Warszawa w ust. 2 pkt 2 OPZ określiło parametr „Moc znamionowa P (STC) min" na poziomie „550 Wp". W konsekwencji zaoferowany parametr „Prąd Zwarcia (Isc) (A)" – „18.51 A" jest na wyższym poziomie niż wartości podane w tzw. „widełkach", które zostały określone przy uwzględnieniu niższej mocy znamionowej. Ponadto, Izba zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku, zgodnie z którym fakt, że Zamawiający dopuścił zmianę parametru o wartość ± 4 % względem zakresu minimalnego prądu zwarciowego, być może wskazuje na intencję Miasta Stołecznego Warszawa, którą było dopuszczenie urządzeń o parametrze prądu zwarciowego zawierającego się w zapisanym przedziale, jednak istnieją w tym względzie uzasadnione wątpliwości – przede wszystkim ze względu na użycie w dokumentacji wzajemnie wykluczających się określeń. Z jednej strony Zamawiający oczekuje bowiem urządzenia z parametrem prądu zwarciowego mieszczącego się w tzw. „widełkach", a z drugiej strony przed podaniem tego zakresu używa określenia „min" i finalnie wymagania zaoferowania modułu fotowoltaicznego posiadającego parametr „nie gorszy niż". W tym miejscu wymaga podkreślenia, że stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie odnośnie parametrów – prądu zwarciowego (Isc) oraz napięcia znamionowego (Vmpp) ogranicza się do przedstawienia przez Zamawiającego jego sposobu rozumienia ust. 2 pkt 2 OPZ. Miasto Stołeczne Warszawa wskazało jedynie, że wymagało, aby zaoferowany moduł fotowoltaiczny posiadał parametry – prądu zwarciowego (Isc) oraz napięcia znamionowego (Vmpp) mieszczące się w przedziałach określonych w OPZ „z odchyłką± 4 %", co jednak nie wynika jednoznacznie z treści przywołanego powyżej postanowienia OPZ. Zamawiający w swojej argumentacji całkowicie pominął bowiem, że przed podaniem zakresu parametru prądu zwarciowego używa określenia „min", co oznacza „minimalnie", natomiast w odniesieniu do napięcia znamionowego używa określenia „Maksymalne". Miasto Stołeczne Warszawa nie podjęło żadnej próby wykazania, że dozwolone są wyłącznie wartości zawierające się w zakresach podanych dla parametrów – „Prąd zwarciowy Isc min" oraz „Maksymalne napięcie znamionowe Vmp". W szczególności Zamawiający nie twierdził, że zakresy spornych parametrów są niezależne od mocy znamionowej modułu.

Podsumowując – mając na uwadze sposób sformułowania przez Zamawiającego ust. 2 pkt 2 OPZ – zaoferowany przez Odwołującego parametr prąd zwarciowy (Isc) = „18.51 A" jest nie gorszy niż „Prąd zwarciowy Isc min" określony przez Miasto Stołeczne Warszawa jako 14,0 – 14,4 A (± 4 %). Również w przypadku zaoferowanego parametru napięcia znamionowego Vmpp = „38.30 V" – jest on nie gorszy niż „Maksymalne napięcie znamionowe Vmp" opisane jako 40,0 – 40,4 V (± 4 %). Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne niniejszej sprawy – w ocenie Izby – nie sposób uznać, że sporne parametry w zaoferowanym przez New Sun module fotowoltaicznym są niezgodne z warunkami zamówienia, gdyż oczekiwania Zamawiającego nie zostały jasno i przejrzyście wyrażone w dokumentach zamówienia. Prowadzi to do wniosku, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego z tych powodów nie była prawidłowa.

Odnosząc się z kolei do trzeciej podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego tj. stwierdzenia, że przy rozwiązaniu zaproponowanym przez New Sun występuje przeciążenie zaproponowanych falowników, należy wskazać, że podane przez Miasto Stołeczne Warszawa uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego z tej przyczyny, nie spełnia standardów wynikających z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że wyżej wymieniony przepis stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania, równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji czy przejrzystość postępowania, nakłada na

Zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno zatem wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Miasta Stołecznego Warszawa, przy czym w przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp niezbędne jest stwierdzenie oraz wykazanie przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z klarownie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia.

Izba stwierdziła, że przekazane uzasadnienie w zakresie trzeciej podstawy faktycznej odrzucenia oferty New Sun jest lakoniczne, ogólnikowe, nieprecyzyjne, a przede wszystkim bazuje wyłącznie na domysłach i założeniach Miasta Stołecznego Warszawa, co jest niedopuszczalne i niewątpliwie godzi w podstawową zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że dokonanie rzetelnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu zgodnie z regułami przyjętymi w dokumentach zamówienia, jest przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegającej na sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na Zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia Postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Tymczasem w treści przekazanego uzasadnienia Miasto Stołeczne Warszawa wskazało jedynie, że „(…) Dla Centrum Kształcenia Ustawicznego nr 5 przy ul. Mińskiej 1/5 dobrano panele fotowoltaiczne o mocy 49,58 kW w symulacji. Z symulacji nie wynika który z dwóch zaznaczonych w karcie katalogowej falowników został zastosowany. Zamawiający założył, że oferent zastosował falowniki o maksymalnej mocy 20 kWp/szt, co łącznie daje moc 40 kWp. Standardowe wyprodukowanie mocy z powyższego rozwiązania powoduje odcięcie nadwyżki produkowanej energii elektrycznej powyżej 40 kWp, co powoduje stratę 9,58 kWp. W związku z powyższym występuje przeciążenie zaproponowanych falowników (…)", a następnie stwierdził, że w związku z powyższym odrzuca ofertę New Sun jako niezgodną z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykazał jednak żadnej sprzeczności treści zaoferowanej oferty z konkretnymi zapisami dokumentów zamówienia. Tymczasem jak już wskazano powyżej, wykonawca nie powinien domyślać się i zgadywać co legło u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że Miasto Stołeczne Warszawa na etapie odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy dokonało uzupełnienia uzasadnienia faktycznego w zakresie omawianej kwestii. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający podnosił bowiem m.in., że „(…) z symulacji nie wynika jakiej dokładnie mocy zostały przyjęte falowniki do obliczeń oraz jaka jest ich wydajność i fizyczne wytężenie (…)", oraz że Odwołujący zaoferował dwa falowniki zamiast odpowiednio dobranej ilości w liczbie trzech sztuk. W konsekwencji powoływania nowych okoliczności faktycznych, nieujętych wprost i wyraźnie w treści przekazanego uzasadnienia faktycznego podjętej czynności, stanowisko wyrażone przez Miasto Stołeczne Warszawa w odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy nie było spójne z tym zawartym w piśmie z dnia 19 listopada 2024 r. Argumentacja przedstawiona dopiero na etapie postępowania odwoławczego – jak już wskazano powyżej – nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Zdaniem składu orzekającego takie działanie Zamawiającego jednocześnie potwierdza, że wyjaśnienie w przedmiocie trzeciej podstawy faktycznej odrzucenia oferty New Sun przedstawione przez Miasto Stołeczne Warszawa w decyzji z dnia 19 listopada 2024 r. nie jest wystarczające do uznania, że Zamawiający przedstawił pełne, precyzyjne i niebudzące wątpliwości uzasadnienie rzeczonej czynności.

Reasumując, stwierdzić należy, że – w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy – brak było podstaw do uznania podjętych przez Miasto Stołeczne Warszawa czynności w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji unieważnienia Postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 2 ustawy Pzp za prawidłowe i odpowiadające przepisom ustawy Pzp.

Zważywszy na wszystko powyższe Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:……...