

Sygn. akt: KIO 4162/24

WYROK

Warszawa, dnia 29.11.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 8 listopada 2024 r. przez wykonawcę New Sun Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnica Praga-Południe

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

A.EKO-ON Sp. z o.o. z siedzibą w Libertowie

orzeka:

- 1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
- 2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 3.Zasądza od zamawiającego Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnica Praga-Południe na rzecz odwołującego New Sun Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy).

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 4162/24

Uzasadnienie

Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnica Praga-Południe dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest 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 sprawy UD-VI-ZP/35/24.

Wartość zamówienia jest równa lub wyższa od kwot progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 6 września 2024 r., pod numerem 535280-2024.

W dniu 8 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy New Sun Sp. z o.o. z siedzibą w Raszynie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, która jest złożona zgodnie z warunkami zamówienia;
- 2.art. 239 ust. 1 pkt ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty firmy Eko-On Sp. z o.o. pomimo, że oferta ta nie jest najkorzystniejsza.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz ponownego przeliczenia punktacji ofert nieodrzuconych, oraz wyboru oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący zwrócił uwagę na zapisy OPZ, zgodnie z którym Zamawiający postawił następujące wymagania wobec paneli fotowoltaicznych:

„2) Elementy instalacji fotowoltaicznej:

a) Monokrystaliczne moduły fotowoltaiczne.

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

Typ ogniw - Monokrystaliczne Full Black

Maksymalna moc znamionowa $P(STC)$ min - 450 Wp

Napięcie jałowe U_{oc} min - 41,3 - 41,8 V (*)

Prąd zwarciaowy I_{sc} min - 13,3 - 13,7 A (*)

Maksymalne napięcie znamionowe V_{mp} - 34 - 35 V (*)

Liniovą gwarancja wydajności min 80% po 30 latach

Efektywność modułu - 20,55 - 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 I_{sc} - 0,05 %/°C

Współczynnik temperaturowy U_{oc} - -0,28 %/°C (*)

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

Grubość ramy - 32mm + 5mm

Zamawiający w zaznaczonych parametrach (*) dopuszcza zmianę parametrów o wartość $\pm 4\%$.”

Następnie Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona, a Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie podjętej czynności:

„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 potwierdzających 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, że w zaproponowanym przez Wykonawcę module fotowoltaicznym jest przekroczony parametr prądu zwarciaowego (I_{sc}) = 14,29. W OPZ prąd zwarciaowy jest wskazany w zakresie 13,3-13,7 z odchyłką $\pm 4\%$ tj. 12,77 – 14,25. Podana wartości w ofercie 14,29 jest przekroczona.

Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty.

W związku z powyższym Zamawiający odrzuca niniejszą ofertę – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (podstawa prawna: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp)”.

Dalej Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie stwierdza, że oczekuje parametrów oznaczonych (*) jakoby miały zawierać się w przedziale od 13,3 do 13,7 A z tolerancją $\pm 4\%$. W szczególności zamawiający napisał „parametry nie gorsze niż” oraz „Prąd zwarciaowy I_{sc} min...” Użyte przez Zamawiającego sformułowania jednoznacznie opisują, że Zamawiający oczekuje modułu o parametrach prądu zwarciaowego I_{sc} nie gorszych niż minimum 12,77 A (13,30 -4%). Każdy parametr I_{sc} wyższy niż 12,77 A spełnia warunek minimum. Jednocześnie Zamawiający nie opisał na czym miałyby polegać „lepszość” wskazanych parametrów. Należy zatem jednoznacznie uznać, że każdy moduł o parametrze prądu zwarciaowego I_{sc} równym lub większym niż 12,77 A jest co najmniej równy lub lepszy od wymagań, a zatem spełnia oczekiwania Zamawiającego opisane jako „Parametry pojedynczego modułu w standardowych warunkach testowania STC nie powinny być gorsze niż”.

Jak kontynuował Odwołujący, w istocie każdy moduł o takim lub wyższym parametrze I_{sc} pozwala na zrealizowanie

zamówienia w sposób należyty i celowy, do czego sprowadza się istota zamówień publicznych. Skoro tak, to zaoficerowany przez firmę New Sun moduł o parametrze $I_{sc} = 14,29A$ jest nie gorszy niż minimalny wskazany w OPZ, a zatem zgodny z warunkami zamówienia. Zamawiający zatem w uzasadnieniu odrzucenia oferty potraktował wybiórczo zapisy OPZ, które sam stworzył, pomijając ich treść jako całość, a skupił się jedynie na niewielkim fragmencie przez co kreuje nową rzeczywistość zamówienia co samo w sobie jest poważnym naruszeniem ustawy.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 listopada 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, podtrzymując stanowisko wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający dodał, że w zaproponowanym przez spółkę New SUN sp. z o.o. module fotowoltaicznym jest przekroczony parametr prądu zwarcowego (I_{sc}) = 14,29. W OPZ prąd zwarcowy jest opisany jako warunek zamówienia w zakresie 13,3-13,7 z odchyłką $\pm 4\%$ tj. 12,77 – 14,25. Podana wartości w ofercie 14,29 jest przekroczona.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) Zamawiający wymagał, aby prąd zwarcowy I_{sc} min mieścił się w przedziale pomiędzy 13,3 – 13,7, tym samym określając przedział w jakim musi się znaleźć wartość parametru prądu zwarcowego dla konkretnego modułu fotowoltaicznego. Jako równoważność Zamawiający przy tym wymaganym parametrze dopuścił zmianę parametru modułu fotowoltaicznego o wartość $\pm 4\%$ tj., więc wartość prądu zwarcowego powinna mieścić się w przedziale od 12,77 A do 14,25 A. W związku z tym, że zaoficerowany przez Oferenta moduł fotowoltaiczny z parametrem prądu zwarcowego o wartości 14,29 A nie mieści się w przedziale od 12,77 A do 14, 25 A (który wynika z OPZ), Zamawiający słusznie odrzucił ofertę firmy NEW SUN Sp. z o. o.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 21 listopada 2024 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca EKO-ON Sp. z o.o., dalej jako: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania oraz przytaczając szczegółową argumentację.

Przystępujący wskazał m. in., że Zamawiający we wskazanym wyżej fragmencie OPZ określił wymagane parametry modułu fotowoltaicznego. Określając owe parametry Zamawiający wyznaczał albo (i) minimalną wartość danego parametru (jedną wartość) albo (ii) zakres wartości danego parametru (dwie wartości), albo (iii) wartość maksymalną danego parametru (jedną wartość), albo (iv) konkretną wartość danego parametru (jedną wartość).

W tym celu Zamawiający posługiwał się różnymi „technikami” językowymi.

Istotą i cechą wspólną opisanych wyżej zabiegów językowych było wyznaczenie dwóch wartości danego parametru (minimalnej i maksymalnej), np. dla napięcia jałowego od 41,3 do 41,8 V, dla prądu zwarcowego I_{sc} od 13,3 do 13,7 A, dla maksymalnego napięcia znamionowego V_{mp} od 34 do 35 V, dla efektywności modułu od 20,55 do 21,20 %, dla zakresu temperatury otoczenia od $-40^{\circ}C$ do $+85^{\circ}C$.

Jak kontynuował Przystępujący, jednocześnie Zamawiający dopuścił w stosunku jedynie do części ww. zakresowych parametrów minimalne odchylenia wskazując, że:

„Zamawiający w zaznaczonych parametrach (*) dopuszcza zmianę parametrów o wartość $\pm 4\%$.”

Zamawiający ujawnił w ten sposób dobitnie wolę pozyskania instalacji które spełniać będą, w szczególności w zakresie stosowanych modułów fotowoltaicznych, rygorystyczne i wysoce skonkretyzowane wymogi Zamawiającego.

Moduł o parametrze I_{sc} o wartości 14,29A (oferowany przez Odwołującego) wykracza poza zakres dozwolony przez Zamawiającego. Nieznacznosc owego przekroczenia pozostaje bez znaczenia – skoro przekroczone zostało dozwolone odchylenie 4%.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę EKO-ON Sp. z o.o. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności

dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Na potrzeby uzasadnienia należy wyłącznie przywołać treść postanowień OPZ dotyczących wymagań wobec oferowanych paneli fotowoltaicznych.

Zgodnie z OPZ, stanowiącym załącznik nr 11 do SWZ, punkt 2) „*Elementy instalacji fotowoltaicznej:*

a) Monokrystaliczne moduły fotowoltaiczne.

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

Typ ogniw - Monokrystaliczne Full Black

Maksymalna moc znamionowa P(STC) min - 450 Wp

Napięcie jałowe Uoc min - 41,3 - 41,8 V ()*

Prąd zwarciový Isc min - 13,3 - 13,7 A ()*

Maksymalne napięcie znamionowe Vmp - 34 - 35 V ()*

Liniowa gwarancja wydajności min 80% po 30 latach

Efektywność modułu - 20,55 - 21,20 %

Maksymalne napięcie systemu min - 1000/1500 DC

Maksymalne zabezpieczenie - 25 A

Test obciążenia - 5400 Pa

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

Współczynnik temperaturowy Isc - 0,05 %/°C

Współczynnik temperaturowy Uoc - -0,28 %/°C ()*

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

Grubość ramy - 32mm + 5mm

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

Przystępujący zgodnie z danymi z karty katalogowej zaoferował moduł fotowoltaiczny z parametrem „Prąd zwarciový (Isc)” na poziomie 14,29.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego – uzasadnienie faktyczne i prawne tejże czynności zostało przytoczone w ramach stanowiska Odwołującego.

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje (tak: KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., KIO 3718/21).

Dalej należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Reguła ta wynika z prawniczej paremii »in dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Zapisy w SIWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (tak: KIO w wyroku z dnia 11 października 2019 r.,

KIO 1905/19).

Powyższa zasada w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jest prezentowana od dawna w sposób jednolity.

W niniejszym stanie faktycznym zapisy SWZ, na podstawie których Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, bez cienia wątpliwości jednoznacznie nie były. Tym samym powinny być czytane na korzyść wykonawcy.

Przede wszystkim zauważyć należy, że Zamawiający używa określenia „nie gorszy niż”, odnosząc go do każdego z podanych następnie parametrów. Zdaniem Izby jest to pojęcie niedookreślone. W postępowaniu wpłynęły 3 oferty i każdy z wykonawców zaoferował moduły tego samego producenta, różniące się jedynie mocą. Z kart katalogowych załączonych do poszczególnych ofert wynika, że w przypadku parametru prądu zwarciovego, rośnie on wprost proporcjonalnie do mocy modułu. Zdaniem Izby nie można jednak uznać, że parametr ten na większym poziomie jest gorszy niż parametr na niższym poziomie. Jest on po prostu odpowiedni dla urządzenia o danej mocy.

To samo w zasadzie dotyczy wszystkich pozostałych głównych parametrów modułów, które rosną wraz z mocą urządzenia. Nie oznacza to jednak, że parametry te są gorsze. Są po prostu inne, z uwagi na inną charakterystykę urządzenia. Z analizy kart katalogowych wynika zdaniem Izby tyle, że prąd zwarciovowy na określonym poziomie jest po prostu odpowiedni dla urządzenia o danej mocy. Wysokość tego parametru nie świadczy jednak o tym, że jest on gorszy lub lepszy – jest po prostu właściwy, adekwatny dla urządzenia o danej mocy.

Dalej należy wskazać, że przed podaniem zakresu parametru prądu zwarciovego Zamawiający używa określenia „min”. Nie było sporne między stronami, że skrót ten 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.

Zdaniem Izby powyższego zapatrywania nie zmienia fakt, że Zamawiający dopuścił odchyłkę od zakresu minimalnego parametru prądu zwarciovego. Być może wskazuje to na intencję Zamawiającego, którą było dopuszczenie urządzeń o parametrze prądu zwarciovego zawierającego się w zapisanym zakresie, jednak istnieją w tym względzie uzasadnione wątpliwości – przede wszystkim ze względu na użycie w dokumentacji wzajemnie wykluczających się określeń.

Z jednej bowiem strony Zamawiający oczekuje urządzenia z parametrem prądu zwarciovego mieszczącego się w tzw. „widełkach”, a z drugiej strony przed podaniem zakresu „widełek” używa określenia „min”. Tak sformułowane postanowienia SWZ mogły wzbudzić u wykonawców uzasadnione wątpliwości co do tego, jakiego konkretnie parametru oczekuje Zamawiający.

Z tego względu, mając na uwadze, że sporne zapisy SWZ są niejednoznaczne, nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego, który zaoferował moduły o parametrze prądu zwarciovego przekraczającego „widełki” zastosowane przez Zamawiającego. Prowadzi to do wniosku, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie była prawidłowa.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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:.....