

WYROK

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2024 roku przez **EKO-ON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Libertowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Białystok w Białymstoku**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu – **Miastu Białystok w Białymstoku** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **EKO-ON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Libertowie**, wezwanie wykonawcy **EKO-ON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Libertowie** do złożenia wyjaśnień treści oferty i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego – **Miasto Białystok w Białymstoku** – i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **EKO-ON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Libertowie** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Miasta Białystok w Białymstoku** – na rzecz wykonawcy **EKO-ON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Libertowie** – kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

.....

Sygn. akt: KIO 1037/24

Uzasadnienie

Zamawiający – **Miasto Białystok w Białymstoku** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa dostawa i montaż pięciu instalacji fotowoltaicznych w Białymstoku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 kwietnia 2024 roku wykonawca **EKO-ON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Libertowie** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań w postępowaniu dokonanych przez zamawiającego, polegających na:

1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego z powołaniem na rzekomą niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegającą na uznaniu, że zaoferowany system montażowy nie jest przeznaczony do dachów pokrytych membraną,

ewentualnie:

2) zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty co do możliwości zastosowania oferowanej konstrukcji wsporczej na dachach pokrytych membraną;

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomą

niezgodność treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia dotyczącymi konstrukcji wsporczych,
ewentualnie:

2) art. 223 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. przez zaniechanie jego zastosowania, tj. zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty w warunkach nierównego traktowania wykonawców w zakresie możliwości zastosowania oferowanej przez niego konstrukcji wsporczej na dachach pokrytych membraną;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego dokonanych w dniu 22 marca 2024 r.,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

ewentualnie:

3) wezwania odwołującego do wyjaśnień treści jego oferty;

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji, wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Wskazał, że zamawiający otrzymał w postępowaniu 26 ofert. W wyniku badania i oceny ofert zamawiający odrzucił 20 ofert z uwagi na stwierdzenie różnych niezgodności treści złożonych ofert z warunkami zamówienia (12 ofert) lub brak zgody wykonawców na przedłużenie terminu związania ofertą (8 ofert). Spośród odrzuconych ofert tylko 4 oferty mogłyby być uznane za korzystniejsze od oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert: oferta nr 14 Erato Energy S.A., oferta nr 20 Zielony Prąd sp. z o.o., oferta nr 21 Vosti sp. z o.o. oraz oferta nr 26 MT Plastics sp. z o.o. Niemniej prawdopodobieństwo złożenia skutecznego środka ochrony prawnej przez któregośkolwiek z tych wykonawców jest mało prawdopodobna, ponieważ oferty nr 14 i 21 zostały odrzucone z uwagi na nieprzedłużenie przez tych wykonawców oświadczeń o terminie związania ofertą, zatem podlegają one bezwzględniemu odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. Natomiast pozostałe dwie oferty nr 20 i 26 są wprost niezgodne z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie urządzeń (falowników) o niewłaściwej mocy. W tych okolicznościach oferta odwołującego jako zgodna z warunkami zamówienia i korzystniejsza od wybranej oferty powinna zostać uznana za najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu. Tylko z uwagi na niezgodne z prawem czynności i zaniechania zamawiającego oferta odwołującego nie została wybrana. Oczywista zatem jest możliwość poniesienia szkody przez odwołującego polegającej na nieuzyskaniu zamówienia, a przez to korzyści z marży oraz referencji, w przypadku utrzymania się wadliwego rozstrzygnięcia postępowania z 22 marca 2024 r. W tych okolicznościach interes odwołującego z złożeniem odwołania, wzruszeniu wadliwego rozstrzygnięcia postępowania z 22 marca 2024 r. i doprowadzeniu go do zgodnego z ustawą P.z.p. rozstrzygnięcia jest oczywisty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołujący stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest dostawa z instalacją i rozmieszczeniem mikroinstalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej zamawiającego. W wyniku badania ofert zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powołaniem na rzekomą niezgodność treści tej oferty z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że odwołujący zaoferował system montażowy, który nie jest przeznaczony do dachów pokrytych membraną, natomiast zamawiający w załączniku nr 6 do SWZ Projekty i Przedmiary oraz w wyjaśnieniach do SWZ z dnia 13 lutego 2024 r. informował, że na obiekcie Białostockiego Ośrodka Sportu i Rekreacji – Pływalnia Rodzinna ul. Stroma 1A dach pokryty jest membraną w związku z powyższym należało zaproponować system montażowy na dach pokryty membraną.

Odwołujący podniósł, że zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o system montażowy Dach płaski – konstrukcja balastowa trójkąt magnelis szeroki produkcji W&H sp. z o.o. Wskazał, że zaoferowana konstrukcja wsporcza jest uniwersalnym systemem wsporczym balastowym przeznaczonym do realizacji instalacji fotowoltaicznych na dachach płaskich o różnych pokryciach, w tym może być stosowana na dachach pokrytych membraną. W ocenie odwołującego nieprawdziwe jest stwierdzenie, na którym zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, jakoby oferowany w ramach tej oferty system wsporczy nie mógł być zastosowany do dachów pokrytych membraną. Odwołujący wielokrotnie stosował ten system przy podobnych realizacjach na dachach płaskich, w tym na dachach pokrytych membraną. Sam producent tego systemu wsporczego dopuszcza jego użycie m.in. na dachach pokrytych membraną. Odwołujący nie wie, skąd zamawiający czerpie nieprawdziwe przekonanie o braku możliwości zastosowania tego systemu wsporczego do realizacji instalacji fotowoltaicznych na dachach pokrytych membraną. Ani karta

katalogowa tego systemu wsporcze, ani powszechnie dostępne informacje na temat tego systemu nie zawierają zastrzeżenia o braku możliwości stosowania go na dachach płaskich pokrytych membraną. Pewne jest natomiast, że w toku badania o oceny ofert zamawiający nie wystąpił do odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. o wyjaśnienie w tym zakresie, do czego był zobligowany w obliczu podjęcia wątpliwości w tej sprawie. Odwołujący wskazał, że w toku badania i oceny ofert zamawiający występował do innych wykonawców w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. o wyjaśnienia treści ich ofert, w tym w zakresie oferowanych przez nich systemów wsporczych. Zamawiający wystąpił do wykonawcy JSB Construction PPHU J.S. o wyjaśnienie treści jej oferty w zakresie zaaferowanego systemu wsporcze. Z oświadczenia samego zamawiającego złożonego w piśmie skierowanym do odwołującego 26.03.2024 r., a więc po terminie rozstrzygnięcia postępowania, wynika, że wystąpił do tego wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty ze względu na to, że z załączonej karty katalogowej nie wynikało jednoznacznie, iż zaproponowana konstrukcja nadaje się do położenia bezinwazyjnie na dachu pokrytym membraną. Zatem ww. wystąpienie zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty skierowane do wykonawcy JSB Construction PPHU J.S. dotyczyło dokładnie tej samej kwestii, tj. możliwości zastosowania oferowanej konstrukcji wsporczej na dachu pokrytym membraną, która to kwestia była przyczyną odrzucenia oferty odwołującego bez wzywania odwołującego do wyjaśnień jego oferty. Takim postępowaniem zamawiający wprost i rażąco naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Podobnie do wyjaśnień w zakresie cech ofiarowanej konstrukcji wsporczej zamawiający wezwał wykonawcę Centrum Informatyki „ZETO” S.A., o czym zamawiający napisał w uzasadnieniu odrzucenia oferty tego wykonawcy z 22 marca 2024 r.:

Odwołujący wskazał, że po rozstrzygnięciu postępowania wystąpił do zamawiającego z zastrzeżeniami dot. nieprawidłowej oceny jego oferty, a w konsekwencji rozstrzygnięcia postępowania, wskazując na nieprawdziwość twierdzenia o braku możliwości stosowania systemu wsporcze Dach płaski – konstrukcja balastowa trójkąt magnelis szeroki produkcji W&H sp. z o.o. na dachach pokrytych membraną. W odpowiedzi zamawiający wystosował do odwołującego ww. pismo z 26 marca 2024 r., w którym niejako uzupełnił uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący stwierdził, że pismo z 26 marca 2024 r. zostało wystosowane poza postępowaniem, ponieważ zostało wystosowane po rozstrzygnięciu postępowania. Jednak z ostrożności odwołujący odniósł się tu również do argumentacji zamawiającego podniesionej po rozstrzygnięciu postępowania w korespondencji skierowanej wyłącznie do odwołującego.

Odwołujący wskazał, że tak jak w ofercie JSB Construction PPHU J.S., karta katalogowa konstrukcji wsporczej oferowanej przez odwołującego nie zawierała wprost informacji, że konstrukcja Dach płaski – konstrukcja balastowa trójkąt magnelis szeroki produkcji W&H sp. z o.o. oferowana przez odwołującego może być zastosowana na dach kryty membraną. Mimo to zamawiający wystosował wezwanie do wyjaśnień treści oferty do JSB Construction, natomiast w tej samej sytuacji nie wystosował takiego wezwania do Odwołującego i odrzucił jego ofertę. Uzasadniając to zróżnicowanie, zamawiający wskazał, że producent konstrukcji wsporczej oferowanej przez JSB Construction, tj. DB Invest Energy, na swojej stronie internetowej nie posiada specjalnie dedykowanej konstrukcji na dach pokryty membraną w przeciwieństwie do W&H sp. z o.o., czyli producenta konstrukcji oferowanej przez Odwołującego. W tej sytuacji zamawiający dokonał różnicowania wykonawców w postępowaniu w oparciu o cechę podmiotów gospodarczych niebiorących udziału w postępowaniu – asortyment producentów konstrukcji wsporczych. Zamawiający nie wezwał odwołującego do wyjaśnień, ponieważ producent oferowanej przez odwołującego konstrukcji wsporczej ma szerszy asortyment produktów niż producent konstrukcji wsporczych oferowanych przez JSB Construction. Zamawiający nie wskazał w dokumentach zamówienia, że asortyment producentów oferowanych konstrukcji wsporczych będzie miał jakiegokolwiek znaczenie w tym postępowaniu. Na takie różnicowanie nie pozwala również ustawa P.z.p.

W ocenie odwołującego błędny jest wniosek, że skoro w asortymencie producent posiada konstrukcję specjalnie zaprojektowaną do dachów krytych membraną, to inne jego produkty nie nadają się do zastosowania w tym celu. Zamawiający nie postawił wymogu w dokumentach postępowania, że dla mikroinstalacji na dachu Białostockiego Ośrodka Sportu i Rekreacji ma być zaoferowana konstrukcja wsporcza dedykowana wyłącznie na dachy pokryte membraną. Zaoferowana przez odwołującego konstrukcja jest konstrukcją uniwersalną, przeznaczoną na dachy płaskie na różne rodzaje pokryć, w tym na dachy kryte membraną. Odwołujący w ramach swoich realizacji stosował oferowany w postępowaniu typ konstrukcji również na dachy kryte membraną. Potwierdza to również sam producent konstrukcji W&H sp. z o.o. w swoim oświadczeniu. Twierdzenie zamawiającego, jakoby konstrukcja wsporcza oferowana przez odwołującego nie nadawała się na dachy kryte membraną, jest nieprawdziwa i niepoparta żadnymi dowodami.

W ocenie odwołującego nieprawdziwe jest twierdzenie zamawiającego zawarte w piśmie z 26 marca 2024 r., skierowanym do odwołującego, jakoby możliwość zastosowania oferowanej konstrukcji wsporczej na dachach krytych membraną była wymagana jako element treści karty katalogowej oferowanych konstrukcji. Zarówno w treści załącznika nr 6 do SWZ Projekty i przedmiary, jak i w wyjaśnieniach treści SWZ z 13 lutego 2024 r. zamawiający w odniesieniu do

rodzajów pokryć dachowych na obiektach, na których mają być zainstalowane zamawiane mikroinstalacji, używa określenia informacja. Zamawiający nie określa żadnego wymogu w tym zakresie w odniesieniu do treści kart katalogowych. Oczywiście informacja o rodzajach pokryć dachowych jest istotna dla wykonawców, ale w tym zakresie zamawiający nie określił żadnego wymogu co do treści przedmiotowych środków dowodowych, w szczególności w odniesieniu do treści kart katalogowych oferowanych produktów. A jeśli tak, zamawiający nie wyartykułował wymogu w odniesieniu do treści tych przedmiotowych środków dowodowych w tym zakresie i niezawarcie tej treści w karcie katalogowej nie może być podstawą do sankcjonowania wykonawcy. Zamawiający dopiero na etapie badania i oceny ofert ustalił ten „wymóg” co do treści kart katalogowych w zakresie konstrukcji wsporczej. Zamawiający nie wyartykułował tego wymogu w postępowaniu przed terminem składania ofert. Stąd sankcja odrzucenia oferty na tej podstawie nie może mieć miejsca, tym bardziej że treść oferty odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający w oświadczeniu ustnym złożonym przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 11 kwietnia 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. III SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

1. Przedmiotem zamówienia jest kompleksowa dostawa i montaż pięciu instalacji fotowoltaicznych w Białymstoku: na dachu Szkoły Podstawowej Nr 5 przy ul. Kamiennej 15 o mocy 49,82 kW, na dachu Szkoły Podstawowej Nr 11 przy ul. Poleskiej 27 o mocy 49,82 kW, na dachu Zespołu Szkół Gastronomicznych — Centrum Kształcenia Praktycznego przy ul. Knyszyńskiej 12 o mocy 49,82 kW, na dachu Zespołu Szkół Mechanicznych — Hala Wielofunkcyjna Centrum Kształcenia Praktycznego Nr 2 przy ul. Broniewskiego 14 o mocy 49,4 kW, na dachu Białostockiego Ośrodka Sportu i Rekreacji — Pływalnia Rodzinna przy ul. Stromej 1A o mocy 31,2 kW.

2. Szczegóły techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia znajdują się w projektach i przedmiarach OPZ stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ oraz w opisie wymagań stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ.

Zgodnie z rozdz. X SWZ: WYKAZ PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH:

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest wraz z ofertą przedłożyć: karty katalogowe producentów oferowanych produktów i systemu: paneli, inwerterów, systemu montażowego.

Uwaga: W przypadku, gdy Wykonawca niełoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do ich złożenia lub uzupełnienia. Oferta Wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu (dowód: SWZ)

Zgodnie z opinią techniczną dotyczącą stanu technicznego dachu budynku i oceny możliwości montażu baterii paneli fotowoltaicznych na dachu budynków użyteczności publicznej w Białymstoku, obiekt: Pływalnia Rodzinna, będącą częścią projektu technicznego, pokrycie dachu stanowi membrana PCV, klejona do płyt PIR (str. 2 opinii). Zgodnie z pkt 2.1 opinii zd. trzecie, z uwagi na wysoką wytrzymałość na ściskanie pianki PIR możliwe jest wykonanie montażu paneli PV w systemie balastowym nieinwazyjnym dostosowanym do pokryć membraną. Zgodnie z pkt. 4.5 „Wnioski i zalecenia” ust. 3 „należy stosować system montażowy dedykowany do pokryć membraną dachową”. (dowód: Projekt techniczny, załącznik nr 6 do SWZ).

W postępowaniu złożono 26 ofert:

Nr oferty	Nazwa i siedziba Wykonawcy	Cena ofertowa brutto
1.	JB ENERGIA sp. z o.o. ul. Chmielowskiego 44C, 33-200 Dąbrowa Tarnowska	804.200,00
2.	J-Point Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 194 lok. 2, 02-486 Warszawa	624.761,28
3.	Soleko Polska Sp. z o.o. ul. Parkowa 18, Oleszno, 29-105 Krasocin	795.000,00
4.	ECO-ON sp. z o.o. ul. Góra Libertowska 47, 30-444 Libertów	687.570,00
5.	Eko Prime Inwestycje Sp. z o.o. ul. Jana Susika 3, 97-226 Żelechlinek	1 020.000,00
6.	SUN FEE SP. z o.o. ul. Mełgiewska 30F, 20-234 Lublin	689.046,00

7.	Było: XDISC S.A. ul. Heliotropów 45/53, 04-796 Warszawa Poprawiono na: Konsorcjum: XDISC S.A. ul. Heliotropów 45/53, 04-796 Warszawa Si-Projekt Sp. z o.o. ul. Sarmacka 1 lok. 138, 02-972 Warszawa	952.977,62
8.	JSB Construction PPHU J.S. ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino	1 382.436,90
9.	Ekoserwis BP Sp. z o.o. Al. Tysiąclecia 20/1, 21-500 Biała Podlaska	702.788,79
10.	Centrum Informatyki „ZETO” S.A. ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok	999.671,19
11.	ELEM SP. z o.o. ul. Pogodna 63/1, 15-365 Białystok	1 000 000,00
12.	SUNGRANT sp. z o.o. ul. Ciesielska 2/23, 15-542 Białystok	753.990,00
13.	4TECHNOLOGY sp. z o.o. ul. Hoża 86/410, 00-682 Warszawa	864.690,00
14.	ERATO Energy S.A. ul. Fiołkowa 3, 52-200 Wysoka	550.778,19
15.	FEBE sp. z o.o. ul. Legnicka 57W/17, 54-203 Wrocław	714.147,00
16.	SOLARGET sp. z o.o. ul. Armii Krajowej 32/3, 19-400 Olecko	861.000,00
17.	GPEC Serwis Sp. z o.o. Słowackiego 159 b, 80-298 Gdańsk	956.674,75
18.	PSMSOLAR POLSKA sp. z o.o. ul. Elewatorska 11/1/413, 15-620 Białystok	842.490,00
19.	Lubie OZE sp. z o.o. ul. Wesola 46, Radostków - Kolonia 42-233 Mykanów	892.672,50
20.	Zielony Prąd sp. z o.o ul. Miła 49, 78-400 Szczecinek	621.773,49
21.	VOSTI sp. z o.o. ul. Nałęczowska 14, 20-701 Lublin	686.340,00
22.	EKOVO sp. z o.o. ul. Graniczna 8aa, 54-610 Wrocław	750.737,27
23.	.PND ENERGIA sp. z o.o. ul. Wierzbowa 12 p. I, 15-743 Białystok	705.801,81
24.	NEW SUN sp. z o.o. ul. Jaworskiego 5A, 05-090 Raszyn	910.908,80
25.	AGROSOLAR POLSKA sp. z o.o. ul. gen. Władysława Andersa 38, 15-113 Białystok	726.105,90
26.	MT PLASTICS sp. z o.o. Lubiejew 3D, 96-500 Sochaczew	494.214,00

Dowód: Sprostowanie informacji z otwarcia ofert z dnia 22 lutego 2024 roku

Odwołujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w oparciu o system montażowy Dach płaski – konstrukcja balastowa trójkąt magnelis szeroki produkcji W&H sp. z o.o. Do oferty odwołujący dołączył karty katalogowe zaoferowanego produktu (*dowód: oferta odwołującego*).

Pismem z dnia 4 marca 2024 roku zamawiający wezwał wykonawcę JSB CONSTRUCTION PPHU J.S. do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując, co następuje:

Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm), zwaną dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W Formularzu Ofertowym Wykonawca wskazał w pkt 6 ppkt 3 model systemumontażowego: konstrukcja

balastowa na dach płaski, układ poziomy producenta DB Energy. Załączona karta katalogowa bezpośrednio nie potwierdza przeznaczenia wskazanej konstrukcji na dach pokryty membraną. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do potwierdzenia czy zaoferowany model systemu montażowego może zostać zamontowany bezinwazyjnie na dachu pokrytym membraną (dowód: pismo z dnia 4 marca 2024 roku).

Pismem z dnia 4 marca 2024 roku wykonawca JSB CONSTRUCTION PPHU J.S. udzielił następującą odpowiedź: *W odpowiedzi na pismo z dnia 04.03.2024r., wezwania do wyjaśnień informujemy, że zaoferowany model systemu montażowego może zostać zamontowany bezinwazyjnie na dachu pokrytym membraną. Na potwierdzenie dołączamy oświadczenie producenta systemu – załącznik nr 1 (dowód: pismo z dnia 4 marca 2024 roku).*

Pismem z dnia 4 marca 2024 roku zamawiający wezwał wykonawcę Centrum Informatyki ZETO SA w Białymstoku do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując, co następuje:

Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm), zwaną dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

W Formularzu Ofertowym Wykonawca wskazał w pkt 4 ppkt 3 model systemu montażowego: DP-DTHBN (balastowa; z podniesieniem paneli na profilach) producenta BAKS. Załączona karta katalogowa bezpośrednio nie potwierdza iż zaoferowaną konstrukcję można podnieść na profilach zgodnie z systemowymi rozwiązaniami producenta systemu montażowego. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do potwierdzenia czy zaoferowany model systemu montażowego może zostać podniesiony na profilach (dowód: pismo z dnia 4 marca 2024 roku).

Wykonawca Centrum Informatyki ZETO SA w Białymstoku w wyznaczony, terminie nie udzielił żądanych wyjaśnień (dowód: pismo „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert z dnia 21 marca 2024 roku).

Pismem z dnia 21 marca 2024 roku zamawiający zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, ofercie złożonej przez wykonawcę Agrosolar Polska Sp. z o.o. w Białymstoku. W tym samym piśmie zamawiający poinformował o odrzuceniu 20 ofert, w tym oferty odwołującego. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, iż odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca wskazał w formularzu ofertowym w pkt 6 ppkt 3 model systemu montażowego - system montażowy, który nie jest przeznaczony do dachów pokrytych membraną, natomiast Zamawiający w załączniku nr 6 do SWZ Projekty i przedmiary oraz w wyjaśnieniach do SWZ z dnia 13.02.2024 r. informował, że na obiekcie Białostockiego Ośrodka Sportu i Rekreacji Pływalnia Rodzinna ul. Stroma 1A dach pokryty jest membraną w związku z powyższym należało zaproponować system montażowy na dach pokryty membraną (dowód: pismo „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert z dnia 21 marca 2024 roku).

W dniu 22 marca 2024 roku odwołujący skierował do zamawiającego pismo następującej treści:

W odniesieniu do opublikowanego przez Zamawiającego pisma: „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej” z dnia 22.03.2024 r., wskazujemy działanie Zamawiającego, które narusza w sposób jednoznaczny artykuł 16 ustawy PZP, który mówi o przeprowadzeniu postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, z równym traktowaniem wykonawców oraz powinno być prowadzone w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

We wspomnianej publikacji oferta Firmy EKO-ON Sp. z o.o., ul. Góra Libertowska 47, 30-444 Libertów została odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy PZP jako niezgodna z warunkami zamówienia, a treść uzasadnienia brzmiała następująco:

„Wykonawca wskazał w formularzu ofertowym, w pkt 6 ppkt 3 model systemu montażowego - system montażowy, który nie jest przeznaczony do dachów pokrytych membraną, natomiast Zamawiający w załączniku nr 6 do SWZ „Projekty i przedmiary” oraz w wyjaśnieniach do SWZ z dnia 13.02.2024 r. informował, że na obiekcie Białostockiego Ośrodka Sportu i Rekreacji - Pływalnia Rodzinna ul. Stroma 1A, dach pokryty jest membraną w związku z powyższym należało zaproponować system montażowy na dach pokryty membraną.”

Podkreślić należy, że Producent zadeklarowanej konstrukcji wsporczej pod moduły fotowoltaiczne przewiduje możliwość montażu na dachach pokrytych membraną, czego dowodem jest załącznik do niniejszego pisma, czyli oświadczenie Producenta, firmy W&H Sp. z o.o., ul. Kościuszki 49, 44-351 Turza Śląska. Jednak Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień oraz doprecyzowania możliwości montażu zadeklarowanej konstrukcji wsporczej na dachu pokrytym membraną. Odwrotna sytuacja miała miejsce, gdzie Zamawiający, wezwał firmę JSB Construction PPHU J.S., ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino, do wyjaśnień oraz doprecyzowania możliwości montażu zadeklarowanej konstrukcji wsporczej na dachu pokrytym membraną, czego dowodem jest oświadczenie Producenta, DB Invest Energy, ul. Poznańska 4, 89-100 Nakło nad Notecią, z datą 04.03.2024 r. Nie ulega wątpliwości, że działanie Zamawiającego jest dyskryminujące w stosunku do Firmy EKO-ON Sp. z o.o., ul. Góra Libertowska 47, 30-444 Libertów.

W odniesieniu do przedstawionych dowodów, oraz powołując się na art. 16 i 17 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Pzp (Dz. U z

dnia 2021r. poz. 1129 ze zm.), Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownie przeprowadzić proces badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowa dostawa i montaż pięciu instalacji fotowoltaicznych w Białymstoku”, znak sprawy: BZE.271.1.2024

Podkreślamy, że obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny (art. 16 ustawy PZP). Informujemy jednocześnie, że zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był zobowiązany pozwala Wykonawcy na skorzystanie ze środków ochrony prawnej, tj. odwołanie, które rozpoznaje Krajowa Izba Odwoławcza (Dział IX, Rozdział 2, ustawy Pzp).

Do pisma odwołujący dołączył oświadczenie producenta W&H Sp. z o.o. w Turzy Śląskiej, z którego wynika, że zaoferowana przez odwołującego konstrukcja może być wykorzystana na dachach pokrytych membraną (dowód: pismo z dnia 22 marca 2024 roku wraz z oświadczeniem producenta).

Pismem z dnia 26 marca 2024 roku zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 22.03.2024 r. Zamawiający informuje, że postępowanie zostało przeprowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz przeprowadzone w sposób przejrzysty i proporcjonalny, w związku z powyższym Zamawiający nie naruszył artykułu 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Państwa oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, ponieważ w formularzu ofertowym w pkt 6 ppkt 3) zaoferowali Państwo system montażowy na dach płaski — konstrukcja balastowa trójkąt magnelis szeroki firmy W&H Sp. z o.o. Zgodnie z rozdz. X SWZ Wykonawca w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego zobowiązany był wraz z ofertą przedłożyć karty katalogowe producentów. W załączonej przez Państwo karcie katalogowej nie ma informacji, że konstrukcja nadaje się na dach pokryty membraną. Zamawiający badając ofertę, dokonując przy tej czynności należytej staranności, sprawdził na stronie producenta, którego Wykonawca wskazał w ofercie - [\https://hetmaniok.pl/](https://hetmaniok.pl/), że do dachów membranowych Producent dedykuje zupełnie inną konstrukcję. Dedykowana przez Producenta konstrukcja do dachów membranowych posiada specjalne szersze podkładki mocowania po to, by przy tego rodzaju pokryciu dachowym nie dochodziło do uszkodzenia / przerwania zewnętrznej warstwy dachu przy dużym nacisku punktowym. W związku z tym, zaproponowany przez Państwa w ofercie system montażowy nie spełnia wymagań Zamawiającego odnośnie dachu budynku Białostockiego Ośrodka Sportu i Rekreacji — Pływalnia Rodzinna przy ul. Stromej.

Wykonawca dołączył do pisma z dnia 22.03.2024 r. oświadczenie producenta systemu montażowego mówiące o tym, iż przedstawiona w ofercie konstrukcja BALASTOWA TRÓJKĄT MAGNELIS SZEROKI może być przeznaczona na dach z membrany, ale nie dołączył tego dokumentu do oferty. Zamawiający zgodnie z rozdz. X SWZ nie dopuścił możliwości wezwania Wykonawców do złożenia lub uzupełnienia kart katalogowych, w związku z powyższym Wykonawcy zobowiązani byli do złożenia kompletnych przedmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą. Przesłanie wraz z pismem załącznika z oświadczeniem producenta jest działaniem spóźnionym, ponieważ uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych jest niedopuszczalne zgodnie z postanowieniami zawartymi w SWZ.

W związku z powyższym, w sytuacji, gdy złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty.

Ustawa PZP jasno mówi o równym traktowaniu Wykonawców. Należy jednak mieć na uwadze, że w sposób jednakowy należy traktować Wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji. W opisanym przypadku Wykonawcy nie byli w takiej samej sytuacji.

W przypadku oferty firmy JSB Construction PPHU J.S., ul. Potokowa 12A/1, 80-297 Banino, Wykonawca został wezwany do wyjaśnień oferty ze względu na to, że z załączonej karty katalogowej nie wynikało jednoznacznie, iż zaproponowana konstrukcja nadaje się do położenia bezinwazyjnie na dachu pokrytym membraną. Producent DB Invest Energy, który został zaproponowany w ofercie przez firmę JSB Construction PPHU J.S., na swej stronie internetowej nie posiada specjalnie dedykowanych konstrukcji na dach pokryty membraną. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, a nie uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający nie ma podstaw do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (dowód: pismo z dnia 26 marca 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Istotą sporu jest ocena zasadności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy P.z.p., względnie – zaniechania zamawiającego do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej przez niego oferty.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że wykonawcy winni byli zaoferować przedmiot zamówienia zgodny ze szczegółami technicznymi znajdującymi w projektach i przedmiarach OPZ stanowiącymi załącznik nr 6 do SWZ oraz w opisie wymagań stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ. Ze wskazanych dokumentów wynikało, że dach Pływalni Rodzinnej pokryty jest membraną. Nie było sporu pomiędzy stronami, iż konstrukcja, jaka ma być zainstalowana na dachu pływalni, powinna być możliwa do zastosowania na dachach pokrytych membraną.

Odwołujący zaoferował system montażowy Dach płaski – konstrukcja balastowa trójkąt magnelis szerokiej produkcji W&H sp. z o.o. Do oferty odwołujący dołączył karty katalogowe zaoferowanego produktu, stosownie do wymagań określonych w rozdz. X SWZ: WYKAZ PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH. Zgodnie z wymaganiami zawartymi w tym rozdziale, wykonawca zobowiązany był wraz z ofertą przedłożyć: karty katalogowe producentów oferowanych produktów i systemu: paneli, inwerterów, systemu montażowego, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Zamawiający we wskazanym wyżej postanowieniu SWZ nie doprecyzował, jakie informacje mają znaleźć się w wymaganych kartach katalogowych. Brak ten był o tyle istotny, że zamawiający w dokumentach postępowania wskazał szereg wymagań wobec oferowanego sprzętu. W ocenie Izby zamawiającej, o ile jego intencją była ocena ofert na podstawie kart katalogowych, winien był precyzyjnie określić, jakie dane muszą się w nich znaleźć. Jest to o tyle istotne, że w rozdz. X SWZ zamawiający poinformował, że *W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do ich złożenia lub uzupełnienia. Oferta Wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu.* W sytuacji, w której wykonawcy nie są pewni, jakich informacji zamawiający oczekuje, nie mogą ponosić konsekwencji nieuwzględnienia tych informacji w złożonych dokumentach.

Wydaje się, że zamawiający podzielał wskazane wyżej stanowisko, jako że wezwał innych wykonawców, którzy również przedłożyli karty katalogowe, niezawierające danych w zakresie wszystkich wymaganych parametrów, do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. I tak, wykonawca JSB CONSTRUCTION PPHU J.S. został wezwany do wyjaśnienia, czy zaoferowany model systemu montażowego może zostać zamontowany bezinwazyjnie na dachu pokrytym membraną, natomiast wykonawca Centrum Informatyki ZETO SA w Białymstoku – do wyjaśnienia, czy zaoferowaną konstrukcję można podnieść na profilach zgodnie z systemowymi rozwiązaniami producenta systemu montażowego. Zamawiający nie skierował natomiast analogicznego wezwania do odwołującego.

Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą podnosił, że w jeśli chodzi o wykonawców, których wezwał do złożenia wyjaśnień, to zaoferowali oni urządzenia producentów, którzy na swych stronach internetowych nie zawarli informacji w zakresie tego, czy posiadają urządzenia dedykowane do dachów pokrytych membraną, natomiast w przypadku odwołującego, producent zaoferowanych przez niego urządzeń na swej stronie internetowej zamieszcza informacje o urządzeniach dedykowanych do dachów pokrytych membraną i nie są to urządzenia zaoferowane przez odwołującego.

Czynności i zaniechania zamawiającego w tym zakresie należy uznać za nieprawidłowe. Wynika z nich, że zamawiający dokonywał oceny ofert w oparciu o informacje znajdujące się na stronach internetowych producentów, czego nie przewidział w dokumentach postępowania. Ponadto podkreślenia wymaga, że wykonawca, który oferuje urządzenia innego podmiotu, nie ma wpływu na treść prowadzonej przez niego strony internetowej. Zasadnie podniósł odwołujący, powołując się na treść strony internetowej producenta – W&H sp. z o.o. – iż produkty opisane na tej stronie jako przeznaczone do montowania na dachach pokrytych membraną, to produkty, wobec których stosowana jest zupełnie inna technologia montowania niż w przypadku produktów oferowanych przez odwołującego, i które z tego właśnie powodu są przeznaczone wyłącznie do dachów pokrytych membraną. Informacja ta w żaden sposób nie odnosi się do produktu zaoferowanego przez odwołującego i na jej podstawie nie można wyciągać wniosków dotyczących jego oferty.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu należy uznać za uzasadnione. Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający nie dokonał oceny oferty odwołującego w taki sposób, który w sposób niebudzący wątpliwości wykazałby taką niezgodność. W szczególności zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, pomimo że wezwania takie skierował do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tym samym zamawiający naruszył art. 223 ust. 1

ustawy P.z.p., który w zdaniu pierwszym stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a także art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p., który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasadnym zatem było nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w zakresie istotnym dla oceny, czy zaoferowane przez odwołującego urządzenia mogą być montowane na dachach pokrytych membraną i dokonanie ponownej oceny ofert.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący:.....