

WYROK

z dnia 15 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2020 roku przez wykonawcę **EKO-SOLAR Sp. z o.o., Wszeradów, 46-100 Namysłów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Chmielnik, Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik**

przy udziale wykonawcy **Arnella Sp. z o.o., ul. Turystyczna 78, 26-067 Strawczynek**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów 1 – 4 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; oddala odwołanie w zakresie zarzutu piątego,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Chmielnik, Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EKO-SOLAR Sp. z o.o., Wszeradów, 46-100 Wszeradów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Chmielnik, Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik** na rzecz wykonawcy **EKO-SOLAR Sp. z o.o., Wszeradów, 46-100 Wszeradów** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Chmielnik, Plac Kościuszki 7, 26-020 Chmielnik (dalej „zamawiający”) na dostawę i montaż instalacji solarnych oraz fotowoltaicznych na terenie miasta i gminy Chmielnik – etap II" wykonawca Eko-Solar Sp. z o.o., Wszeradów 2, 46-100 Namysłów (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania przez zamawiającego ujawnienia odwołującemu treści wyjaśnień złożonych przez Arenella sp. z o.o. z siedzibą w Strawczynku (dalej „Arenella”), a bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
2. zaniechania przez zamawiającego podjęcia czynności wezwania odwołującego do przedłożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym zaproponowanego rozwiązania równoważnego, a opisanego w załączniku do pisma z 15.05.2020 r.,
3. odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niespełnienie wymagań przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) choć w rzeczywistości oferta spełnia wszelkie wymagania przewidziane w SIWZ oraz obowiązujących przepisach prawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1-3, poprzez zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu kompletu dokumentów składających się na złożoną w postępowaniu ofertę wykonawcy Arenella, mimo że oferta ta pozostaje jawna, jako iż nie została objęta skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy Pzp, a brak wglądu do wszystkich dokumentów, w szczególności do tych dotyczących doboru urządzeń i ich parametrów oraz modeli, uniemożliwia odwołującemu zapoznanie się z jej treścią, porównanie i jej ocenę pod kątem czy odpowiada SIWZ, a tym samym weryfikację prawidłowości aktualnej oceny zamawiającego dotyczącej zgodności tej oferty z SIWZ,
2. art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakwalifikowania rozwiązania i urządzenia zaoferowanego przez odwołującego jako równoważnego w stosunku do urządzenia i rozwiązania opisanego w SIWZ (dot. inwertera fotowoltaicznego) i błędne uznanie, iż zwrócenie się o wyjaśnienie wątpliwości związanych z opisem i schematem z załącznika do pisma z 15.05.2020 r. należałoby potraktować jako niedopuszczalne negocjacje z odwołującym,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących równoważności rozwiązań i urządzeń

wskazanych w ofercie oraz SIWZ pomimo powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do powyższego, co skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty,

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5, poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie odpowiada SIWZ, podczas gdy odwołujący przedstawili ofertę zgodną z treścią SIWZ, co wynika m.in. z tego, że inwerter fotowoltaiczny i rozwiązanie związane z jego zastosowaniem opisane przez odwołującego są równoważne w stosunku do tych określonych w SIWZ,
5. art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty odwołującego a w konsekwencji, poprzez zaniechanie czynności podania pełnego i klarownego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego w sposób umożliwiający ocenę, jakim postanowieniom SIWZ oferta odwołujących miałyby nie odpowiadać i dlaczego w ocenie zamawiającego urządzenie i rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego nie spełnia przesłanki „równoważności”, w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty odwołujących w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. udostępnienie odwołującemu kompletnej oferty Arenella, tj. w szczególności ze wszystkimi załącznikami i wyjaśnieniami,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że zamawiający ustalił, iż kwestia równoważności będzie badana dopiero na etapie realizacji zamówienia. Podkreślił, że takie stanowisko zamawiający konsekwentnie prezentował w odpowiedziach na pytania o numerach 1-10, 13, 23, 31, 38-39, 64-67, 81 – pismo z dnia 26 marca 2020 r.

Podał, że pismem z 14 maja 2020 r. zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanego inwertera fotowoltaicznego.

Wskazał, że pismem z 15 maja 2020 r. odpowiedział na powyższe wezwanie i przedstawił zamawiającemu w załączniku opis rozwiązania, które skutkuje tym, iż inwerter fotowoltaiczny spełnia kryterium równorzędności jak i cały mechanizm zaproponowany przez odwołującego.

Zdaniem odwołującego, w piśmie z dnia 19 maja 2020 r. informującym o odrzuceniu jego oferty, zamawiający nie odniósł się do podniesionej przez niego w wyjaśnieniach kwestii równoważności.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów wskazał, że w realiach niniejszej sprawy pomimo zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentów

dotyczących Arenella zamawiający takich dokumentów nie przekazał odwołującemu i to pomimo tego, iż dokładnie uzasadniono dlaczego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Arenella było bezskuteczne i jedynie miało na celu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji w ramach niniejszego postępowania.

W odniesieniu do kolejnych zarzutów podkreślił, że zamawiający był zobowiązany sporządzać treść SIWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia, z najwyższą starannością, jednak zamawiający w SIWZ wskazał w sposób ogólny, iż w przypadku oferowania materiałów i urządzeń innych aniżeli opisane w SIWZ to dla uznania ich za równoważne wystarczające jest to, aby ich parametry techniczne i jakościowe były podobne lub lepsze.

Zaznaczył, że w Prawie zamówień publicznych ustawodawca, przewidując obowiązek uwzględniania przez zamawiających rozwiązań i urządzeń równoważnych w stosunku do tych przedstawionych w SIWZ uwypuklił jak istotne jest niedyskryminowanie wykonawców, którzy mogliby zrealizować zamówienie, poprzez zaproponowanie danemu zamawiającemu rozwiązania równoważnego.

Uznał, że sposób wykazania równoważności inwertera fotowoltaicznego przez odwołującego był zgodny z obowiązującymi przepisami i wymaganiami SIWZ, a mimo to zamawiający bezzasadnie uznał, że oferta odwołującego powinna zostać odrzucona.

Zdaniem odwołującego postawienie go w sytuacji, w której nie może sformułować zarzutu wobec braku wskazania w uzasadnieniu odrzucenia przyczyn, dla których ocena jego oferty była negatywna w kontekście nie podzielenia poglądu co do równoważności zaoferowanego urządzenia, prowadzi do naruszenia nie tylko obowiązku podania uzasadnienia faktycznego w decyzji zamawiającego, ale również naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co ma ona szczególne znaczenie przy kryteriach, które odnoszą się do subiektywnych odczuć zamawiającego, a z takim – wedle odwołującego – przypadkiem ma się do czynienia w niniejszej sprawie.

Stwierdził, że wykonawca nie powinien domyślać się jakie elementy były decydujące dla końcowej decyzji zamawiającego – zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga od zamawiającego zapewnienia przejrzystości dokonywanych czynności, a temu sprzeciwia się stan, w którym wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty, bowiem – zdaniem odwołującego – udowodnił już w symulacjach załączonych do pisma z 21.05.2020 r. – że urządzenie zaoferowane przez niego nie będzie działać w taki wadliwy sposób jak to założył zamawiający, a wręcz przeciwnie dzięki zastosowanym przez odwołującego rozwiązaniom jego efektywność i żywotność będzie nawet lepsza od tego co zakładał zamawiający w SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z 2 czerwca 2020 roku – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z 13 lipca 2020 roku, a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Tytułem wstępu skład orzekający Izby wskazuje, że przyjął następującą kolejność i sposób rozpoznania zarzutów:

1. zarzut pierwszy – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie odpowiada SIWZ, podczas gdy odwołujący przedstawili ofertę zgodną z treścią SIWZ, co wynika m.in. z tego, że inwerter fotowoltaiczny i rozwiązanie związane z jego zastosowaniem opisane przez odwołującego są równoważne w stosunku do tych określonych w SIWZ,
2. zarzut drugi i trzeci łącznie – naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakwalifikowania rozwiązania i urządzenia zaoferowanego przez odwołującego jako równoważnego w stosunku do urządzenia i rozwiązania opisanego w SIWZ (dot. inwertera fotowoltaicznego) i błędne uznanie, iż zwrócenie się o wyjaśnienie wątpliwości związanych z opisem i schematem z załącznika do pisma z 15.05.2020 r. należałoby potraktować jako niedopuszczalne negocjacje z odwołującym oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących równoważności rozwiązań i urządzeń wskazanych w ofercie oraz SIWZ pomimo powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do powyższego, co skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty,
3. zarzut czwarty – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie odpowiada SIWZ, podczas gdy odwołujący przedstawili ofertę zgodną z treścią SIWZ, co wynika m.in. z tego, że inwerter fotowoltaiczny

i rozwiązanie związane z jego zastosowaniem opisane przez odwołującego są równoważne w stosunku do tych określonych w SIWZ,

4. zarzut piąty – naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu kompletu dokumentów składających się na złożoną w postępowaniu ofertę przystępującego pomimo, że oferta ta pozostaje jawna, jako iż nie została objęta skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy Pzp, a brak wglądu do wszystkich dokumentów, w szczególności do tych dotyczących doboru urządzeń i ich parametrów oraz modeli, uniemożliwia odwołującemu zapoznanie się z jej treścią, porównanie i jej ocenę pod kątem czy odpowiada SIWZ, a tym samym weryfikację prawidłowości aktualnej oceny zamawiającego dotyczącej zgodności tej oferty z SIWZ.

Zarzut pierwszy dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego nie odpowiada SIWZ, podczas gdy odwołujący przedstawili ofertę zgodną z treścią SIWZ, co wynika m.in. z tego, że inwerter fotowoltaiczny i rozwiązanie związane z jego zastosowaniem opisane przez odwołującego są równoważne w stosunku do tych określonych w SIWZ potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp), tj. zamawiający przewidział, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (Rozdział II SIWZ Tryb udzielenia zamówienia).

Przedmiotem zamówienia w części II jest „*Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie miasta i gminy Chmielnik – etap II.*” [Rozdział III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ppkt 2)]. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do części II, zgodnie z Rozdziałem III SIWZ pkt 3, został ujęty w Załączniku nr 1 do SIWZ – instalacje fotowoltaiczne.

Zamawiający w Rozdziale III pkt 3 ppkt 3) SIWZ w zakresie dotyczącym części II zamówienia (str. 7 SIWZ) wskazał: „*W przypadku użycia w SIWZ lub załącznikach odniesień do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pzp zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca analizując dokumentację projektową powinien założyć, że każdemu odniesieniu o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pzp użytymu w dokumentacji projektowej towarzyszy wyraz „lub równoważne. W przypadku, gdy w SIWZ lub załącznikach zostały użyte znaki towarowe, oznacza to, że są*

podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej. Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać w trakcie realizacji zamówienia, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez zamawiającego.”

Zamawiający podał także, iż w zakresie części II zamówienia, wykonawca składa w postępowaniu, na wezwanie zamawiającego, na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dwa certyfikaty dotyczące zgodności modułu PV oraz falownika PV oraz kartę techniczną ogniwa fotowoltaicznego i falownika obejmującą informacje potwierdzające spełnianie przez instalację parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (Rozdział VI SIWZ Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia pkt 6.2.2.).

W tym samym Rozdziale SIWZ w pkt. 7.8. zamawiający przewidział: *„Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw do wykluczenia.”*

W Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w Tabeli nr 10 Minimalne parametry falownika PV – słonecznego trójfazowego zamawiający podał *„Podstawowe wymagane minimalne parametry techniczne inwerterów”* w tym *„Maksymalny prąd wejściowy” – „Min. 16A na każde MPPT”*.

Odwołujący złożył ofertę w części II zamówienia.

Zgodnie z zestawieniem tabelarycznym zamawiającego (Karta oceny ofert) oferta odwołującego została oceniona najwyżej, uzyskując 100 pkt.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2020 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego m.in. do złożenia certyfikatów i karty technicznej.

Przy piśmie z dnia 4 maja 2020 r. odwołujący złożył zamawiającemu m.in. „Karty

techniczne ogniwa fotowoltaicznego i falownika” z danymi technicznymi w tym w zakresie maksymalnego roboczego prądu wejściowego w jednym układzie śledzenia punktu MPPT wynoszącym 11A/11A (dla ASW TLC 3000).

Pismem z dnia 10 maja 2020 r. przystępujący w piśmie „*Informacja o niezgodności treści oferty z wymaganiami zamówienia publicznego*” stwierdził m.in., że „*Stosownie do zapisów (...), Zamawiający wymagał, aby maksymalny prąd wejściowy inwertera fotowoltaicznego wynosił minimum 16 A na każde MPPT. Wymaganie to nie było zmienione treścią odpowiedzi na pytania do Zamówienia. Zgodnie z dokumentacją (kartami katalogowymi) dostarczona przez podmiot Eko-Solar sp. z o.o. (...), oferowany przez ten podmiot inwerter fotowoltaicznych firmy Aiswei cechuje się maksymalnym prądem wejściowym na poziomie 11 A na każde MPPT. Tym samym, oferowany przez ES inwerter nie spełnia wymagań Zamawiającego.*”

Pismem z dnia 14 maja 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, wskazując, że wymagał, aby maksymalny prąd wejściowy inwertera fotowoltaicznego wynosił minimum 16A na każde MPPT, zaś odwołujący przedłożył karty katalogowe zgodnie, z którymi oferowany inwerter fotowoltaiczny cechuje się maksymalnym prądem wejściowym na poziomie 11A na każde MPPT.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 15 maja 2020 r., stwierdzając w nim m.in., że „*zaprezentowane przez nas inwertery co prawda posiadają parametr inny aniżeli ten wskazany w SIWZ lecz urządzenia te w rzeczywistości zapewnią osiągnięcie parametrów technicznych i jakościowych lepszych od oczekiwanych przez Zamawiającego, co związane jest z możliwością wykorzystania przez EKO-SOLAR autorskiego rozwiązania oraz know-how (...)*” oraz podkreślając, że „*wielokrotnie w odpowiedziach na pytania oferentów wskazywaliście Państwo, iż dopiero na etapie realizacji zamówienia będziecie Państwo dokonywać weryfikacji równorzędności. (...) chcąc rozwiać Państwa wątpliwości w załączniku przedkładamy opis rozwiązania, które chcemy wykorzystać w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej.*”

Pismem z dnia 19 maja 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przytaczając brzmienia wskazanego artykułu oraz uzasadniając, że zgodnie z SIWZ wymagał, aby maksymalny prąd wejściowy inwertera fotowoltaicznego wynosił minimum 16A na każde MPPT, zaś odwołujący, zgodnie z dostarczonymi przez niego kartami katalogowymi, zaoferował inwerter cechujący

się maksymalnym prądem wejściowym „na poziomie 11A”, a nadto, że odwołujący przesłał na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia dotyczące złożonych dokumentów, „które nie potwierdzają równoważności zastosowanych parametrów inwertera fotowoltaicznego, co oznacza, że zastosowane (..) urządzenia nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego”.

Zamawiający wskazał, że „Zaoferowany falownik o maksymalnym prądzie wejściowym 11A na każde MPPT jest urządzeniem o mniejszym zabezpieczeniu, co sprawia, że w przypadku zbyt dużej produkcji prądu wcześniej przestanie działać.”

W dalszej części uzasadnienia zamawiający podał dlaczego nie ma możliwości zastosowania przepisu art. 26 ust. 13, 87 ust. 1 oraz 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Kluczowymi dla rozstrzygnięcia zasadności (albo niezasadności) odrzucenia oferty odwołującego pozostają następujące dwa zdania SIWZ: „Wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej. Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać w trakcie realizacji zamówienia, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez zamawiającego.”, ponieważ przesadzają o tym:

- po pierwsze, czy wykonawca mógł zastosować (zaoferować) urządzenia o parametrach podobnych lub lepszych od tych wskazanych w SIWZ,
- po drugie, kiedy wykonawca ma wykazać, że zastosowane (zaoferowane) urządzenia równoważne (o parametrach podobnych lub lepszych) spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Brzmienie zacytowanych powyżej dwóch zdań SIWZ (stosując wykładnię językową) nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zamawiający dopuścił możliwość zastosowania (zaoferowania) przez wykonawcę urządzeń o parametrach podobnych lub lepszych od wskazanych w SIWZ oraz, że „przeniósł” badanie równoważności zastosowanych (zaoferowanych) rozwiązań na etap realizacji umowy.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie wskazał w SIWZ co oznaczają „parametry podobne lub lepsze”, co oznacza, że nie wskazał jak równoważność parametrów rozumieć, co w dalszej kolejności przesądza o tym, że w istocie zamawiający pozbawił się możliwości weryfikacji zaoferowanych przez wykonawców urządzeń równoważnych. Zamawiający nie może bowiem, nie naruszając w szczególności zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, dokonywać oceny ofert z zastosowaniem zasad, reguł, których

uprzednio w SIWZ nie wyartykułował.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że choć zamawiający wskazał parametr „Maksymalny prąd wejściowy” wynoszący minimum 16 A na każde MPPT, to wobec braku wskazania jaki maksymalny prąd wejściowy będzie rozumiany jako równoważny – podobny lub lepszy do wartości min. 16 A, nie można uznać, że zaoferowany przez odwołującego maksymalny prąd wejściowy wynoszący 11 A na każde MPPT nie jest podobny lub lepszy.

Przyjęcie, że zamawiający dopuścił jedynie urządzenia z maksymalnym prądem wejściowym wynoszącym co najmniej 16A byłoby nie do pogodzenia z dopuszczeniem zastosowania urządzeń równoważnych – mielibyśmy do czynienia nie z parametrem równoważnym, ale z parametrem minimum.

Niedopuszczalność odrzucenia oferty odwołującego wynika także z tego, że zamawiający wprost uregulował, że będzie badał / weryfikował równoważność zastosowanych (zaoferowanych) urządzeń na etapie realizacji zamówienia.

Abstrahując od oceny racjonalności i zgodności z przepisami wskazanego przez zamawiającego czasu weryfikacji równoważności zaoferowanego przez wykonawcę urządzenia, stwierdzić stanowczo należy, że wcześniejsza ocena zaoferowanego urządzenia, jako pozostająca w sprzeczności z oceną przewidzianą przez samego zamawiającego w SIWZ (która obowiązuje tak wykonawców, jak i zamawiającego), tj. na etapie realizacji zamówienia, jest niedopuszczalna.

Odnosząc się do eksponowanej przez odwołującego treści odpowiedzi zamawiającego na wiele pytań w zakresie wyjaśnienia treści SIWZ (w tym 39 i 65), skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający odpowiadając, iż „*na obecnym etapie nie jest uprawniony do oceny równoważności zaproponowanych rozwiązań*” odniósł się li tylko do „obecnego etapu”, jakim wówczas był etap „przed składaniem ofert”. Wysuwanie jednak na tej podstawie wniosku, iż zamawiający potwierdzał każdorazowo, że nie będzie weryfikował równoważności zaoferowanych rozwiązań na etapie badania i oceny ofert nie znajduje oparcia w brzmieniu tej odpowiedzi skoro odnosi się ona wyłącznie do etapu innego (przed składaniem ofert).

Na marginesie, skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający nie powinien uchylać się od odpowiedzi, pozostawiając wykonawców bez odpowiedzi co do meritum – w interesie samego zamawiającego jest, aby wykonawcy rozumieli potrzeby zamawiającego i mogli składać zgodne z SIWZ, konkurencyjne oferty.

Z wskazanych powyżej względów, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził.

Zarzut drugi i trzeci dotyczące naruszenia:

- art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zakwalifikowania rozwiązania i urządzenia zaofiarowanego przez odwołującego jako równoważnego w stosunku do urządzenia i rozwiązania opisanego w SIWZ (dot. inwertera fotowoltaicznego) i błędne uznanie, iż zwrócenie się o wyjaśnienie wątpliwości związanych z opisem i schematem z załącznika do pisma z 15.05.2020 r. należałoby potraktować jako niedopuszczalne negocjacje z odwołującym.
- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących równoważności rozwiązań i urządzeń wskazanych w ofercie oraz SIWZ pomimo powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do powyższego, co skutkowało nieuzasadnionym odrzuceniem oferty

zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 14 maja 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, z powołaniem się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, wskazując, że wymagał, aby maksymalny prąd wejściowy inwertera fotowoltaicznego wynosił minimum 16A na każde MPPT, zaś odwołujący przedłożył karty katalogowe zgodnie, z którymi oferowany inwerter fotowoltaiczny cechuje się maksymalnym prądem wejściowym na poziomie 11A na każde MPPT.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 15 maja 2020 r., stwierdzając w nim m.in., że „zaprezentowane przez nas inwertery co prawda posiadają parametr inny aniżeli ten wskazany w SIWZ lecz urządzenia te w rzeczywistości zapewnią osiągnięcie parametrów technicznych i jakościowych lepszych od oczekiwanych przez Zamawiającego, co związane jest z możliwością wykorzystania przez EKO-SOLAR autorskiego rozwiązania oraz know-how (...)” oraz podkreślając, że „wielokrotnie w odpowiedziach na pytania oferentów wskazywaliście Państwo, iż dopiero na etapie realizacji zamówienia będziecie Państwo dokonywać weryfikacji równorzędności. (...) chcąc rozwiązać Państwa wątpliwości w załączniku przedkładamy opis rozwiązania, które chcemy wykorzystać w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej.”

Pismem z dnia 19 maja 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skoro zamawiający (wbrew SIWZ, o czym była już mowa w zarzucie pierwszym) podjął badanie oferty odwołującego pod kątem równoważności zastosowanych (zaoferowanych) urządzeń, to winien – przed odrzuceniem oferty odwołującego – dać odwołującemu możliwość wykazania tejże równoważności.

Jednak zamawiający, wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień (pismem z dnia 14 maja 2020 r.), nie żądał wyjaśnień co do równoważności, ale „jedynie” co do wartości maksymalnego prądu wejściowego zaoferowanego inwertera fotowoltaicznego – kwestia równoważności w wezwaniu w ogóle się nie pojawiła.

Trudno jednocześnie czynić odwołującemu zarzut, że w wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2020 r. nie przeprowadził głębszej analizy równoważności zaoferowanego urządzenia (czy nawet urządzeń) skoro zasadnie przyjął, że dopiero na etapie realizacji zamówienia będzie musiał sprostać wykazaniu, że „zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez zamawiającego”.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Zarzut czwarty dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty odwołującego, a w konsekwencji, poprzez zaniechanie czynności podania pełnego i klarownego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego w sposób umożliwiający ocenę, jakim postanowieniom SIWZ oferta odwołujących miałyby nie odpowiadać i dlaczego w ocenie zamawiającego urządzenie i rozwiązanie zaoferowane przez odwołującego nie spełnia przesłanki „równoważności”, w konsekwencji niewykazanie powodów odrzucenia oferty odwołujących w oparciu o przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 19 maja 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przytaczając brzmienia wskazanego artykułu oraz uzasadniając, że zgodnie z SIWZ wymagał, aby maksymalny prąd wejściowy inwertera fotowoltaicznego wynosił minimum 16A na każde MPPT, zaś odwołujący, zgodnie z dostarczonymi przez niego kartami katalogowymi, zaoferował inwerter cechujący się maksymalnym prądem wejściowym „na poziomie 11A”, a nadto, że odwołujący przesłał na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia dotyczące złożonych dokumentów, „które nie

potwierdzają równoważności zastosowanych parametrów inwertera fotowoltaicznego, co oznacza, że zastosowane (...) urządzenia nie spełniają wymaga określonych przez Zamawiającego”. Zamawiający wskazał dalej, że „Zaoferowany falownik o maksymalnym prądzie wejściowym 11A na każde MPPT jest urządzeniem o mniejszym zabezpieczeniu, co sprawia, że w przypadku zbyt dużej produkcji prądu wcześniej przestanie działać.”

W dalszej części uzasadnienia zamawiający podał dlaczego nie ma możliwości zastosowania przepisu art. 26 ust. 13, 87 ust. 1 oraz 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zamawiający, podając okoliczności faktyczne odrzucenia oferty odwołującego nie powiązał wniosku o braku równoważności oferty odwołującego z treścią SIWZ – wyartykułował jedynie gołosłowne stwierdzenie, że falownik o maksymalnym prądzie wejściowym 11A na każde MPPT jest urządzeniem o mniejszym zabezpieczeniu, co sprawia, że w przypadku zbyt dużej produkcji prądu wcześniej przestanie działać.

Skoro jednak przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy, aby było to wynikiem niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, to obowiązkiem zamawiającego było, w zawiadomieniu o odrzuceniu, wskazać – w postępowaniu, w którym dopuścił składanie ofert równoważnych, które postanowienie SIWZ co do równoważności nie zostało w ofercie wykonawcy spełnione.

Zabrakło tego w zawiadomieniu zamawiającego z dnia 19 maja 2020 r.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut piąty dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu kompletu dokumentów składających się na złożoną w postępowaniu ofertę przystępującego pomimo, że oferta ta pozostaje jawna, jako iż nie została objęta skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy Pzp, a brak wglądu do wszystkich dokumentów, w szczególności do tych dotyczących doboru urządzeń i ich parametrów oraz modeli, uniemożliwia odwołującemu zapoznanie się z jej treścią, porównanie i jej ocenę pod kątem czy odpowiada SIWZ, a tym samym weryfikację prawidłowości aktualnej oceny zamawiającego dotyczącej zgodności tej oferty z SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Odwołujący skierował do zamawiającego „Wniosek o udostępnienie dokumentów złożonych w toku postępowania przez Arnella sp. z o.o. z/s w Strawczyнку wraz ze

wskazaniem bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” – pismo z dnia 15 maja 2020 r.

Pismem z dnia 21 maja 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego, że „*podjął czynności związane z unieważnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie firmy ARNELLA Sp. z o.o.*”

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, że zamawiający udostępnił mu, już po złożeniu odwołania, ofertę przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący domagał się od zamawiającego udostępnienia mu „*kompletu dokumentów składających się na złożoną w postępowaniu ofertę wykonawcy Arnella*”, tj. domagał się udostępnienia mu oferty przystępującego.

Zamawiający udostępnił odwołującemu, po złożeniu odwołania, ofertę przystępującego co skład orzekający Izby uznał za przyznanie przez zamawiającego niezasadności odmowy udostępnienia oferty tego wykonawcy (przyznanie zaniechania).

Jednak nawet stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, nie może w tym przypadku, ze względu na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp („*Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*”), prowadzić do uwzględnienia zarzutu, ponieważ owo zaniechanie zamawiającego nie miało i nie może już mieć wpływu (i to istotnego) na wynik postępowania, ponieważ oferta przystępującego nie została wskazana jako najwyższej oceniona i odwołujący poznał już treść oferty odwołującego.

Na posiedzeniu odwołujący oświadczył, że – pomimo udostępnienia mu oferty przystępującego – podtrzymuje zarzut, ponieważ nie ma pewności, czy zamawiający udostępnił mu wszelkie dokumenty zgłaszającego przystąpienie.

Podnieść należy, że czym innym są oferty wykonawców, które udostępnia się od chwili otwarcia ofert (art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp), a czym innym „*inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców*”, o których mowa w art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, które udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp).

Stwierdzić należy, że odwołujący zarzutem objął jedynie zaniechanie udostępnienia mu oferty przystępującego – „*kompletu dokumentów składających się na złożoną w postępowaniu ofertę wykonawcy Arnella*”, nie obejmując tym samym dokumentów złożonych przez przystępującego po terminie składania ofert.

Nawet jednak gdyby przyjąć inaczej (szerokie rozumienie oferty), to wskazać należy,

że tak z oświadczeń zamawiającego i przystępującego z posiedzenia, jak i z przekazanej przez zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dokumentacji postępowania wynika, że przystępujący innych dokumentów niż udostępnione odwołującemu nie składał.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodów z:

- oferty przystępującego,
- z przesłuchania świadków (na okoliczność właściwości, funkcjonalności, wytrzymałości i użyteczności zaoferowanego inwertera oraz spełnienia przez to urządzenie przesłanki równoważności),

ponieważ oferta innego wykonawcy nie może potwierdzać zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, zaś ustalenie okoliczności dotyczących właściwości, funkcjonalności, wytrzymałości i użyteczności zaoferowanego przez odwołującego inwertera, zwłaszcza przy braku precyzji w tym zakresie, było bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu pierwszego. Rolą świadków nie jest przy tym ocena (w tym spełniania równoważności zaoferowanych przez odwołującego urządzeń), ale świadczenie o konkretnych faktach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: