

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Augustów, ul. 3 Maja 60, 16-300 Augustów,**

przy udziale wykonawcy **R. Sp. z o.o., ul. Żabia 2A, 18-400 Łomża,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawców R. Sp. z o.o. oraz ASH R. S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny pozostałych ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Miasta Augustów, ul. 3 Maja 60, 16-300 Augustów,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Miasta Augustów, ul. 3 Maja 60, 16-300 Augustów**, na rzecz odwołującego **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu uiszczanego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Suwałkach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Miasto Augustów, ul. 3 Maja 60, 16-300 Augustów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii na terenie Augustowa” (nr ref. ZP.271.5.2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 stycznia 2019 r., nr 2019/S 022-047603.

W postępowaniu złożono trzy oferty. Pismem z dnia 13 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy R. Sp. z o.o. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta wykonawcy ASH R. S., natomiast na trzecim miejscu - oferta wykonawcy Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa.

W dniu 24 czerwca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucił on zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy R. Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy ASH R. S., pomimo że treść ww. ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),
- 2) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 lub pkt 23 ustawy Pzp, w wyniku zaniechania przeprowadzenia wyjaśnień, czy powiązania z innym wykonawcą (powiązania pomiędzy R. a ASH) nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez poinformowanie o dokonaniu wyboru oferty R. jako najkorzystniejszej, podczas gdy zamawiający powinien dokonać odrzucenia ofert ww. wykonawców (względnie dokonać ich wykluczenia) i dokonać wyboru oferty odwołującego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „Jedynie Odwołujący - wykonawca Sanito Sp. z o. o. złożył ofertę z zastosowaniem panelu fotowoltaicznego wymaganego przez Zamawiającego wykonanego w technologii back - contact. Wykonawca R. oraz ASH zaoferowały panele monokrystaliczne, które nie są wykonane w technologii back - contact. Zgodnie z informacją z dnia 13.06.2019 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy R., która nie spełnia wymogów SIWZ, a ofertę ASH sklasyfikował na drugiej pozycji. (...)

Z wyjaśnień złożonych w dniu 24.04.2019 r. przez firmę R. wynika, że Wykonawca kierował się odpowiedzią nr 6 z dnia 04.03.2019 r., w której Zamawiający dopuścił panel fotowoltaiczny w technologii monokrystalicznej o parametrach wskazanych w pytaniu, jednak w tym samym dokumencie w kolejnym pytaniu nr 22 oraz nr 63 Zamawiający dwukrotnie i jednoznacznie potwierdza wymóg zastosowania modułu fotowoltaicznego back - contact. Podkreślić należy, że zgodnie z wymogami zawartymi w Opisie przedmiotu zamówienia, panele fotowoltaiczne mają zostać wykonane w technologii monokrystalicznej back - contact, więc Zamawiający udzielając odpowiedzi o dopuszczeniu paneli monokrystalicznych o określonych w pytaniu parametrach nie zrezygnował z technologii back- contact.

Według wyjaśnień przedstawionych przez firmę R. dobór rozwiązań równoważnych został dokonany zgodnie z pkt 4.2 SIWZ (...)

W związku z powyższym w odniesieniu do zapisów zawartych w SIWZ panele fotowoltaiczne wykonane w technologii tradycyjnej tj. bus - bar nie mają lepszych ani nawet porównywalnych parametrów technicznych i jakościowych do paneli wykonanych w technologii back - contact, nie są to również urządzenia wykonane w takim samym standardzie więc, zgodnie z zapisami pkt. 4.2 SIWZ, nie są to urządzenia równoważne. Moduły fotowoltaiczne wykonane w technologii back - contact charakteryzują się brakiem zjawiska LID, czyli krótkotrwałej degradacji pod wpływem padającego na ogniwo promieniowania słonecznego. Zjawisko spowodowane jest zanieczyszczeniem krzemu atomami tlenu, który wiąże wprowadzony do płytek krzemowych bor. Technologia produkcji modułów fotowoltaicznych back - contact oparta jest na krzemie z typem n przewodnictwa, co pozwala na uniknięcie zjawiska LID. W technologii standardowej nie jest możliwe uniknięcie zjawiska LID, co powoduje spadek wydajności o ok. 3 - 5%. Przy założeniu, że zastosowane zostaną panele fotowoltaiczne o mocy 300 W wykonane w technologii standardowej, zjawisko LID spowoduje spadek wydajności w ciągu kilku pierwszych tygodni pracy wszystkich wykonanych instalacji o ok. 12 kW w stosunku do początkowej mocy zainstalowanej. (...)

Dodatkowo, należy zauważyć, że ww. nieprawidłowości nie mogą być kwalifikowane jako takie, które mogą być poprawione w wyniku uzupełnienia czy wyjaśnień Wykonawcy, albowiem w ich wyniku doszłoby do zmiany treści oferty. (...) W konsekwencji, należy zauważyć, iż wyżej przedstawiona niezgodność kwalifikuje na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) do odrzucenia oferty ww. wykonawców, albowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)

Analiza przedstawionych wyjaśnień R. oraz ASH z dnia 24.04.2019 r. powinna wzbudzić wątpliwość Zamawiającego, co do zakłócenia konkurencji działaniem wykonawców R. oraz ASH, co do istniejących pomiędzy nimi powiązań, które mogą

prowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Szczególną uwagę Zamawiającego powinna zwrócić treść wyjaśnień przedstawionych przez ww. wykonawców - przedmiotowa treść zawiera identyczną, tożsamą treść, co może świadczyć o wspólnym redagowaniu jej treści przez ww. wykonawców jak również o istniejącym porozumieniu pomiędzy tymi wykonawcami, które mogło mieć miejsce już na etapie poprzedzającym złożenie oferty i mogło mieć wpływ na zakres składnych przez tych wykonawców ofert, w tym wysokości oferowanej ceny, a tym samym mające wpływ na zakłócenie konkurencji. (...) W konsekwencji, zaniechanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia ww. okoliczności stanowi rażące naruszenie wskazanych przepisów ustawy. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy R. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawców R. oraz ASH (względnie wykluczenia lub wezwania do wyjaśnienia w żądanym zakresie) oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 29 czerwca 2019 r. (wpływ do Prezesa Izby w dniu 01.07.2019 r.) wykonawca R. Sp. z o.o., ul. Żabia 2A, 18-400 Łomża (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba uznała, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 8 lipca 2019 r. zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, w której podniósł w szczególności, że: „Odwołujący twierdzi, iż zaoferowany przedmiot przez wykonawcę R. Sp. z o.o. nie odpowiada wymogom opisu przedmiotu zamówienia, mianowicie zaoferowany panel fotowoltaiczny nie został wykonany w technologii back — contact. Zamawiający w istocie oczekiwał zaoferowania panelu fotowoltaicznego wykonanego w technologii back-contact, zaś zaoferowany przez R. sp. z o.o. panel wykonano w technologii bus-bar.

Jednakże istotne jest to, iż Zamawiający dopuścił w pkt 4.2. SIWZ możliwość zaoferowania przez wykonawców materiałów lub urządzeń równoważnych. Celem niedopuszczenia do ograniczenia konkurencji w postępowaniu Zamawiający przyjął, iż równoważnym materiałem lub urządzeniem jest takie, które parametry techniczne i jakościowe będą „podobne lub lepsze”, nadto ich zastosowanie nie wpłynie negatywnie na funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w opisie przedmiotu zamówienia. (...)

Zamawiający działając z daleko idącej ostrożności zweryfikował, czy przedmiot zaoferowany przez R. sp. z o.o. spełnia kryteria równoważności. W związku z tym

Zamawiający zlecił Instytutowi Innowacji i Technologii Politechniki Białostockiej wykonanie opinii w przedmiocie odpowiedzi czy produkty zaoferowane w postępowaniu spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia. W ramach wyżej wymienionej opinii wykonano porównanie panelu zaoferowanego przez R. sp. z o.o. oraz innego panelu spełniającego wymogi OPZ, który wykonany był w technologii back-contact. Z porównania tych paneli wysunięto wniosek, że są to rozwiązania równoważne pod względem technicznym. Ponadto wskazano, że jedne i drugie panele PV wykonane są w technologii monokrystalicznej, a różnią się jedynie konstrukcją wewnętrzną. (...)"

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż 82 sztuk instalacji kolektorów słonecznych oraz 50 sztuk instalacji fotowoltaicznych.

W załączniku nr 1 do siwz, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał m.in.:

„Przedmiotowa inwestycja obejmuje montaż paneli fotowoltaicznych monokrystalicznych back contact. Panele te charakteryzują się ogniwami z obiema elektrodami z tyłu, które oparte są na krzemie z typem n przewodnictwa. Cechują się najwyższą sprawnością często sięgającą powyżej 24%. Moduły zbudowane z tych ogniw mają dużo wyższą sprawność niż klasyczne moduły z ogniw krzemowych o porównywalnej lub nawet dużo wyższej mocy.

Umieszczenie obu elektrod z tyłu sprawia, że na module nie są widoczne znane z klasycznych ogniw srebrne ścieżki. Brak ścieżek sprawia, że ogniwa mogą większą powierzchnią absorbować światło, mają także mniejsze straty wewnętrzne, przez co osiągają wyższą sprawność w stosunku do klasycznych ogniw monokrystalicznych. Umieszczenie połączeń elektrycznych + i - z tyłu ogniwa przyczynia się do większej odporności na korozję połączeń elektrycznych.

Moduły tego typu absorbują niskoenergetyczne promieniowanie podczerwone, mają bardzo dobre parametry elektryczne i charakteryzują się dobrym jak na moduły z krzemu krystalicznego temperaturowym współczynnikiem spadku mocy (0,36 – 0,40) co oznacza, że wraz ze wzrostem temperatury relatywnie wolno tracą wydajność.

Moduły typu back contact, w przeciwieństwie do tradycyjnych modułów mono i polikrystalicznych, charakteryzują się 100% odpornością na zjawisko degradacji wydajności w pierwszych tygodniach po ich zainstalowaniu (zjawisko LID). W technologii standardowej, degradacja ta wynosi ok. 0,5% w ciągu kilku pierwszych tygodni.

Proces technologiczny produkcji ogniw z obiema elektrodami z tyłu wymaga stosowania bardzo czystego krzemu, jest także bardziej skomplikowany technicznie, dzięki czemu osiąga znacznie wyższą sprawność.

Technologia back contact, umożliwia uzyskiwanie wysokich mocy przy jednoczesnym zmniejszeniu wielkości i wagi samych modułów (o porównywalnej mocy). W znacznym stopniu ułatwia to i przyspiesza prace montażowe.”

W pkt 4.2. siwz zamawiający wskazał m.in.: „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 opisie przedmiotu zamówienia. 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”.

W pkt 7.1. i 7.2. siwz zamawiający wskazał: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12–23 ustawy Pzp. Zamawiający nie przewiduje podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 ustawy.

Pismem z dnia 4 marca 2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców:

1) Pytanie nr 6: „W związku z brakiem konkretnych parametrów modułu fotowoltaicznego prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza panel monokrystaliczny w technologii front contact o następujących parametrach:

Sprawność modułu PVill - min. 17% Ilość ogniw - min. 60 szt.

Napięcie obwodu otwartego Voc - 36,5 - 38,6 V

Prąd obwodu zamkniętego Isc - 8,78 - 9,62 A

Napięcie w punkcie maksymalnej mocy Vmpp - 29,5 - 30,9 V

Natężenie prądu w punkcie maksymalnej mocy Imp - 8,41 - 10,53 A

Temperatura pracy od -400C do +850C

Tolerancja mocy wyjściowej -0/+5 0/0 10/0/ OCI

Współczynnik temperaturowy Pmax min. - 0,45 10/0/O CI

Gwarancja mechaniczna - min. 10 lat

Ilość bus barów - 5BB

Spadek wydajności po 25 latach - maks. 20%

Ciężar w kg maks. 18,5 kg

Stopień ochrony IP puszki przyłączeniowej IP67

Typ złącza wtykowego MC4

Maks. wymiary modułu długość x szerokość x głębokość 1650 mm x 995 mm x 40 mm

Odporność na obciążenie statyczne nie mniejsza niż 5400 Pa Odporność na obciążenie wiatrem nie mniejsza niż 2400 Pa.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zastosowanie paneli monokrystalicznych o powyższych parametrach.”

- 2) Pytanie nr 22: „Prosimy o zrezygnowanie z zastosowania paneli z technologią back contact. Rozwiązanie to znacznie zwiększa sprawność modułu jednak wiąże się z większymi kosztami instalacji niewspółmiernymi z większymi uzyskami.

Odpowiedź: Zamawiając podtrzymuje wymóg zastosowania modułu typu back contact.”

- 3) Pytanie nr 62: „Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie możliwości zastosowania modułów wykonanych bez wykorzystania z technologii „back kontakt”. Prosimy o dopuszczenie modułów wykonanych w technologii krzemu monokrystalicznego o mocy min. 260 W oraz o poniższych współczynnikach temperaturowych traktowanych jako minimalne:

Nominalna temperatura pracy ogniwa	NOCT		45 ± 2
Współczynnik temperaturowy Pmaks.		$\%/0^{\circ}\text{C}$	-0,403
Współczynnik temperaturowy Voc		$\%/0^{\circ}\text{C}$	-0,330
Współczynnik temperaturowy Isc		$\%/0^{\circ}\text{C}$	+0,049

lub prosimy o precyzyjne wskazanie parametrów i ich wartości dla modułu PV, które będą brane pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie spełniania warunków przetargu. Opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik do SIWZ-u nie zawiera wystarczających informacji umożliwiających precyzyjną identyfikację minimalnych wymagań produktu. Jego opis jest dość ogólny sprowadzający się do opisu technologii „back contact”, natomiast naczelną zasadą jest efektywność energetyczna projektu przy zachowaniu zasady równoważności produktów oferowanych w postępowaniu przetargowym. Zawarty opis (załącznik 1 do SIWZ-U, str. 1 i 2) wskazuje jednoznacznie na jednego producenta modułów wykonanych w technologii „back contact”, dodatkowo produkt ten jest trudno dostępny.

Odpowiedź: Zamawiając podtrzymuje wymóg zastosowania modułu typu back contact. Niezgodne z prawdą jest twierdzenie, że tego typu moduł produkowany jest przez jednego producenta.”

W ww. piśmie zamawiający poinformował też, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą wiążące przy



składaniu ofert.

Przystępujący R. zaoferował zestawy fotowoltaiczne Bruk-Bet BEM 300 (moduł) i Zewersol (inwerter). Wykonawca ASH zaoferował zestawy fotowoltaiczne BRUKBET SOLAR BEM - 300 (moduł) i ZEVERSOLAR (inwerter).

Pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego R. oraz do wykonawcy ASH z pytaniem, czy zaoferowane przez nich moduły posiadają technologię back – contact?

Przystępujący R. odpowiedział: „Na podstawie punktu 4.2 SIWZ, w którym opisane są „Rozwiązania równoważne” oraz na podstawie udzielonych odpowiedzi przez Zamawiającego w dniu 4 marca 2019r. w punkcie 6 podczas przygotowywania oferty pod względem technicznym ustaliliśmy, że rozwiązaniem równoważnym do panela fotowoltaicznego proponowanego w dokumentacji przetargowej jest panel fotowoltaiczny produkcji krajowej producenta Bruk-Bet, który posiada parametry techniczne lepsze od parametrów zaproponowanych w dokumentacji przetargowej. Dodatkowo panele fotowoltaiczne wykonane w technologii back-contact posiadają skłonność do polaryzacji co prowadzi do degradacji indukowanym napięciem PID. Zaproponowany przez nas panel fotowoltaiczny produkowany jest w technologii szkło – szkło cechujący się zwiększoną pojemnością cieplną ze względu na podwójne szkło oraz zabezpieczeniem najbardziej newralgicznego miejsca modułu czyli tylnej strony. Ze względu na to, iż moduły są przezroczyste producent wykonuje je w formie modułów tzw. bifacialnych czyli zbierających światło również z części tylnej, co według wyliczeń producentów płytek podnosi efektywność nawet do 30%. Na podstawie punktu 4.2 SIWZ podczas wyboru naszej oferty jesteśmy w stanie wykazać, że zaproponowane przez nas rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym, a zamontowanie modułów fotowoltaicznych produkcji Bruk-Bet podniesie poziom techniczny wykonanych instalacji fotowoltaicznych”.

Wykonawca ASH odpowiedział: „Przygotowując ofertę do postępowania ZP.271.5.2019 bazowaliśmy na zapisach SIWZ, w tym także pkt 4.2, który opisuje rozwiązania równoważne. Dodatkowo wzięliśmy pod uwagę odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego dnia 4.03.2019 r., szczególnie punkt 6. Po dogłębnej analizie dokumentacji przetargowej stwierdziliśmy, że rozwiązaniem równoważnym do panelu fotowoltaicznego proponowanego w dokumentacji przetargowej jest panel fotowoltaiczny produkcji polskiego producenta Bruk-Bet Solar, który posiada lepsze parametry techniczne niż parametry urządzeń wzorcowych zaproponowanych w dokumentacji przetargowej. Należy zauważyć, że panele fotowoltaiczne wykonane w technologii back-contact posiadają skłonność do polaryzacji, co prowadzi do degradacji indukowanym napięciem PID. Zaproponowany

w naszej ofercie panel fotowoltaiczny wyprodukowany jest w technologii szkło – szkło (glas-glas), cechujący się zwiększoną pojemnością cieplną, ze względu na podwójne szkło oraz zabezpieczeniem najbardziej newralgicznego miejsca modułu, czyli tylnej strony. Ze względu na to, że moduły szkło-szkło są przezroczyste, producent wykonuje je w formie modułów tzw. bifacialnych, czyli zbierających światło również z części tylnej, co według wyliczeń producentów płytek krzemowych, podnosi efektywność pracy nawet o 30%. Po wybraniu naszej oferty jako najkorzystniejszej, wykazemy, że zaproponowane przez nas rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym do tego opisanego w SIWZ i PFU, a zamontowanie modułów fotowoltaicznych produkcji Bruk-Bet Solar będzie skutkowało wbudowaniem u mieszkańców Augustowa najlepszej technologii fotowoltaicznej”.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r. zamawiający zwrócił się do spółki Bruk Bet z pytaniem, czy moduł BRUKBET SOLAR BEM 300, posiada technologię back contact? Mailem z 23 kwietnia 2019 r. ww. spółka odpowiedziała: „Jako Bruk-Bet Sp. z o. o. nie produkujemy modułów fotowoltaicznych w technologii back contact. Produkujemy wyłącznie moduły w technologii front contact. Jednak po przeanalizowaniu wymagań projektu, wszystkie wymagania, które miały cechować technologię back contact zostały spełnione przez nasze moduły, a nawet w większości przypadków są one zdecydowanie lepsze. Sama technologia produkcji nie ma znaczenia, co do jakości modułów, wyłącznie jego parametry oraz certyfikaty potwierdzające ich jakość. Nie ma więc zasadności stosowania tej technologii w projekcie, skoro wymagania Zamawiającego spełniają moduły w technologii front contact, która jest zdecydowanie pewniejszą i tańszą metodą, gdyż jedynie firma oferująca nasze moduły była w stanie zmieścić się w założonym przez Zamawiającego budżecie. Uważamy zatem, że moduły Bruk-Bet BEM 300 spełniają normy równoważności projektu”.

W przekazanej przez zamawiającego dokumentacji znajduje się opinia AMM Investments Sp. z o.o., której treść sprowadza się do stwierdzenia, że „przedłożona karta katalogowa paneli fotowoltaicznych BRUK-BET Solar BEM 300 nie opisuje produktu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia (...). Jednocześnie, w gestii Zamawiającego pozostaje ustalenie, czy produkt ten można/należy uznać za równoważny w stosunku opisanego w ww. opisie przedmiotu zamówienia”.

W przekazanej przez zamawiającego dokumentacji znajduje się też opinia dr D.S. z Instytutu Innowacji i Technologii Politechniki Białostockiej Sp. z o.o., w której stwierdzono: „Z porównania istotnych parametrów elektrycznych i temperaturowych paneli monokrystalicznych wykonanych w technologii bus-bar i back contact wynika, iż są to

rozwiązania sobie równoważne pod względem technicznym. Zdaniem rzeczoznawcy różnica w sprawności na poziomie około 2% na korzyść technologii back contact nie jest czynnikiem decydującym o poniesieniu znacznie wyższych kosztów jego zakupu. Współczynniki temperaturowe prądu, napięcia i mocy obydwu rozwiązań różnią się od siebie zaledwie o setne części procenta. Reasumując jak zostało przedstawione w części teoretycznej ma moc panela PV większy wpływ będzie miała lokalizacja i kąt pochylenia dachu, niż technologia wykonania obydwu rozwiązań. (...) Zdaniem rzeczoznawcy oferowane przez firmę R. Sp. z o.o. panele fotowoltaiczne BRUKBET SOLAR BEM-300, są jak najbardziej ofertą równoważną do produktów z technologią back contact. Po pierwsze, jedno i drugie panele PV wykonane są w technologii monokrystalicznej, a różnią się jedynie konstrukcją wewnętrzną. Zaproponowane rozwiązanie przez firmę R. Sp. z o.o. ma korzystniejszy stosunek mocy i sprawności do ceny pojedynczego panela, niż w technologii back contact”.

Pismem z dnia 13 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego R. .

W trakcie rozprawy odwołujący przedstawił opinię dr J. B., w której stwierdzono: „Moduły z ogniwami „back-contact” są konstrukcją, w której dzięki nowatorskiemu rozwiązaniu technicznemu pozbyto się kontaktów, ścieżek i szynowodów zakrywających przednią powierzchnię ogniwa, co prowadzi do udokumentowanej wyższej efektywności przetwarzania energii słonecznej na elektryczną przez zwiększenie apertury (efektywnej powierzchni absorbującej promieniowanie słoneczne). Przeniesienie kontaktów na tylną część ogniwa, polepsza również własności termiczne modułu PV z tą technologią. Lepsze odprowadzanie ciepła przekłada się na wyższą wydajność szczególnie w słoneczne i ciepłe dni, których mamy w Polsce coraz więcej. Widać to wyraźnie w danych technicznych przekazanych przez oferentów - moduły „back-contact” które opisano jako te, które cechuje wyższa nominalna temperatura pracy w warunkach (NOCT) i konsekwentnie niższy temperaturowy współczynnik utraty mocy ze wzrostem temperatury. Dodatkowo zastosowanie krzemu typu N skutecznie zapobiega efektowi LID. Efekt LID to naturalna utrata mocy modułu w pierwszym okresie pracy (już nawet pierwszych tygodniach) charakterystyczna dla modułów PV opartych o krzem typu P. Strata mocy z uwagi na LID sięga średnio od 3-5% nominalnej mocy modułu. (...) Moduły back-contact mogą być istotnie droższe w porównaniu do modułów busbarowych. (...) Abstrahując jednak od ekonomiki tego rozwiązania, która zawsze powinna być analizowana nie tylko w aspekcie kosztów CAPEX (nakładów inwestycyjnych), ale również kosztów OPEX (nakładów operacyjnych/serwisowych, tu uzysków energii w czasie życia generatora PV), nie mam wątpliwości, że rozwiązanie modułów PV stosującą technologię „back-contact” jest bardziej

nowoczesne i bardziej efektywne od tradycyjnego łączenia ogniów „front-contact” i nie są to rozwiązania tożsame, a nawet nie są one porównywalne”.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

20) wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

23) wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2018 r. poz. 798, 650, 1637 i 1669), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do kwestii zgodności ofert z siwz, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jak podniósł na rozprawie odwołujący, art. 29 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu dopuszczenie rozwiązań równoważnych w sytuacji, gdy w opisie przedmiotu

zamówienia wskazał on: znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Technologia back-contact, której wymagał zamawiający w niniejszym postępowaniu, nie stanowi znaku towarowego, patentu, pochodzenia, źródła, jak też nie stanowi szczególnego procesu, o którym mowa w ww. przepisie, ponieważ nie charakteryzuje produktów lub usług dostarczanych przez konkretnego wykonawcę. W technologii tej bowiem są wykonywane urządzenia różnych producentów. Tym samym do kwestii równoważności modułów front-contact oraz back-contact, będącej przedmiotem rozważania w niniejszym postępowaniu odwoławczym, art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w ścisłym rozumieniu, nie ma zastosowania.

Niemniej jednak, Izba odnie się do powyższego zagadnienia w świetle pkt 4.2. siwz, zgodnie z którym: „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 opisie przedmiotu zamówienia”.

Po pierwsze, należy zauważyć, że zamawiający w siwz wyraźnie wskazał, że oczekuje modułów w technologii back-contact. W odpowiedzi na pytanie nr 6 nie potwierdził dopuszczenia technologii front-contact, a jedynie wyraził zgodę na dopuszczenie określonych innych parametrów, natomiast w odpowiedziach nr 22 i 62 potwierdził wymaganie technologii back-contact. Zamawiający zatem trzykrotnie w odpowiedziach na pytania wykonawców podtrzymał ww. wymóg.

Po drugie, należy zauważyć, że z dwóch przedstawionych w postępowaniu opinii: dr S. i dr B. wynikają odmienne wnioski końcowe: dr S. stwierdził, że obie technologie są równoważne, natomiast dr B. stwierdził, że nie są (obaj inżynierowie są też biegłymi sądowymi). Jednak w opinii dr S. poza ww. wnioskami końcowymi stwierdzono także, że moduły back contact mają „najwyższą” sprawność (ponad 20 proc.), ale wysoką cenę oraz że: „Zaletą wynikającą z takiego umiejscowienia elektrod jest większa powierzchnia absorpcji promieniowania słonecznego. To również mniejsze straty wewnętrzne, co pozwala panelom wykonanym w tej technologii osiągać sprawności nieco przekraczające 20%. Jest to sprawność o ok. 25% wyższa niż ta paneli wykonanych w tradycyjnych technologiach. Moduły tego typu zazwyczaj mają bardzo dobre parametry elektryczne i na tle tradycyjnych paneli relatywnie wolno tracą wydajność wraz ze wzrostem temperatury urządzenia”. Tym samym, mimo wniosków końcowych wskazujących na równoważność rozwiązań front-contact i back-contact, w uzasadnieniu autor opinii przyznaje także, że moduły w technologii back-contact mają „najwyższą sprawność” i przekracza ona o ok. 25% tradycyjne technologie. Należy też zauważyć, że w opinii tej (wskazującej na równoważność obu technologii) dokonano porównania konkretnych paneli front-contact oferowanych przez

przystępującego oraz paneli back-contact nie oferowanych przez nikogo w tym postępowaniu. Oznacza to, że dokonane porównanie nie jest w pełni obiektywne w świetle stanu faktycznego sprawy.

Niezależnie od powyższego należy dodać, że w toku postępowania zamawiający pozyskał też opinię spółki AMM Investments Sp. z o.o., w której stwierdzono, że panele fotowoltaiczne BRUK-BET (technologia front-contact) nie są zgodne z siwz, choć ostatecznie nie wypowiedziano się co do równoważności obu technologii.

Po trzecie, z uwagi na treść ww. trzech opinii i treść pkt 4.2. siwz, w którym zamawiający zdefiniował równoważność jako parametry „podobne lub lepsze”, których zastosowanie „nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie” przyjętych rozwiązań, należy ustalić, co sam zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia. I tak z załącznika nr 1 do siwz wynika m.in., że:

- panele w technologii back-contact „cechują się najwyższą sprawnością często sięgającą powyżej 24%. Moduły zbudowane z tych ogniw mają dużo wyższą sprawność niż klasyczne moduły z ogniw krzemowych o porównywalnej lub nawet dużo wyższej mocy”,
- panele w technologii back-contact „mają także mniejsze straty wewnętrzne, przez co osiągają wyższą sprawność w stosunku do klasycznych ogniw monokrystalicznych”,
- panele w technologii back-contact „w przeciwieństwie do tradycyjnych modułów mono i polikrystalicznych, charakteryzują się 100% odpornością na zjawisko degradacji wydajności w pierwszych tygodniach po ich zainstalowaniu (zjawisko LID). W technologii standardowej, degradacja ta wynosi ok 0,5% w ciągu kilku pierwszych tygodni”,

Skoro ze stanowiska samego zamawiającego zawartego w opisie przedmiotu zamówienia wynika, że moduły w technologii back-contact mają sprawność „najwyższą”, „dużo wyższą” lub „wyższą” od modułów w technologii standardowej, to nie można przyjąć że moduły w technologii front-contact są do nich „podobne” lub nawet „lepsze”. Sam zamawiający opisując w ten sposób moduły typu back-contact wykluczył możliwość uznania, że inna technologia jest podobna, a tym bardziej lepsza. Ponadto, skoro panele w technologii back-contact charakteryzują się 100% odpornością na zjawisko degradacji LID, zaś w technologii standardowej degradacja ta wynosi ok. 0,5%, to nie można przyjąć, że zastosowanie technologii front-contact nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie przyjętych rozwiązań. Sam zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia stwierdził bowiem, że ww. niekorzystne zjawisko nie występuje w technologii back-contact, a w innych technologiach występuje, zatem przyjęcie innej technologii musi mieć wpływ negatywny. Tym samym, w świetle opisu przedmiotu zamówienia i definicji równoważności wskazanej w siwz, nie można uznać, że moduły w technologii back-contact i front-contact są dla siebie równoważne.

Oznacza to, że oferty wykonawców R. Sp. z o.o. i ASH R.S., w których zaoferowano

panele w technologii front-contact (bus-bar), nie są zgodne z siwz i nie mogą być uznane za oferty równoważne. Tym samym oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w świetle treści tych przepisów, podobieństwo wyjaśnień złożonych przez wykonawców R. Sp. z o.o. i ASH R.S., nie może dowodzić istniejącego między nimi porozumienia. Przede wszystkim odwołujący nie wykazał, aby ww. wykonawcy pozostawali w jednej grupie kapitałowej, a ponadto przystępujący na rozprawie wskazał, że obaj wykonawcy w celu udzielenia ww. wyjaśnień zamawiającemu zwrócili się z prośbą o pomoc do tego samego producenta, co może tłumaczyć podobieństwo obu pism. W świetle powyższego, zdaniem Izby, nie ma konieczności wzywania ww. wykonawców do dodatkowych wyjaśnień. Dlatego też Izba ten zarzut uznała za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie odrzucając ofert wykonawców R. Sp. z o.o. i ASH R. S. . Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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** .....