

WYROK

z dnia 8 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 8 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego

2 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Energika M. S. Z. S. sp. j. z siedzibą w Zasutowie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wybór Generalnego Wykonawcy

na zabudowę Instalacji Oczyszczania Spalin dla kotłów WR-25 w Ciepłowni Północ

i Ciepłowni Południe - projekt pn. „Dostosowanie źródeł ciepła do wymagań Konkluzji BAT”

(nr postępowania 22/2019/MM)

prowadzonym przez zamawiającego: Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej
RADPEC S.A. z siedzibą w Radomiu

przy udziale wykonawcy: SBB ENERGY S.A. z siedzibą w Opolu - zgłaszającego
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie odrzucenia

oferty złożonej przez Odwołującego, a w ramach powtórzonych czynności -
podanie pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty
Odwołującego co najmniej na takim poziomie szczegółowości, jak w odpowiedzi
na odwołanie z 8 czerwca 2020 r., w szczególności ze wskazaniem, że Odwołujący
nie wskazał, czy proponowanym przez niego reaktorze znajduje się stabilne złożo
fluidalne oraz gdzie jest ono zlokalizowane, a także nie przekazał opisu
technicznego działania reaktora, który należy uznać za reaktor typu
mechanicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego
tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23600 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą
koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz
uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. 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 Radomiu.

Zamawiający Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A.

z siedzibą w Radomiu prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego na roboty budowlane pn. Wybór Generalnego Wykonawcy na zabudowę Instalacji Oczyszczania Spalin dla kotłów WR-25 w Ciepłowni Północ i Ciepłowni Południe - projekt pn. „Dostosowanie źródeł ciepła do wymagań Konkluzji BAT” (nr postępowania 22/2019/MM).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 lipca 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_143 pod poz. 353313.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 marca 2020 r. Zamawiający poinformował drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej przez Energikę M. S. Z. S. sp. j. z siedzibą w Zasutowie {dalej również: „Energika” lub „Odwołujący”}, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SBB ENERGY S.A. z siedzibą w Opolu {dalej również: „SBB Energy” lub „Przystępujący”}.

2 kwietnia 2020 r. Energika wniosła w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności, a także od zaniechania innych czynności (objętych poniższymi zarzutami) przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku bezzasadnego uznania, że rzekomo nie wykazał zastosowania reaktorów do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych pneumatycznych/fluidalnych wymaganych w pkt 1.3.1.1. oraz 1.3.14. Części II oraz Części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: „PFU”), podczas gdy z treści złożonej oferty, jak i udzielonych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że rozwiązanie oferowane przez Odwołującego zakłada wykorzystanie reaktorów pneumatycznych/fluidalnych.
2. Art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty tj. opisanego w załączniku do oferty pn. „Opis techniczno-technologiczny Instalacji Oczyszczania Spalin” (dalej jako „opis techniczny”) systemu redukcji zanieczyszczeń kwaśnych z jednoznacznym sprecyzowaniem wątpliwości Zamawiającego oraz zakresu oczekiwanych wyjaśnień w kontekście podstawy faktycznej dokonanego odrzucenia, podczas gdy wątpliwości te Zamawiający zakomunikował Odwołującemu dopiero w zawiadomieniu o odrzuceniu, przy czym uczynił to w taki sposób, który nadal nie pozwala jednoznacznie ustalić konkretnych przyczyn uznania przez Zamawiającego, że oferowane reaktory nie posiadają cech wymaganych w SIWZ, lecz rzekomo są reaktorami „innego typu”.
3. Art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. art. 6 Kodeksu cywilnego przez zaniechanie poinformowania o powodach odrzucenia oferty Odwołującego w prawidłowy

sposób, w tym brak podania uzasadnienia, na jakiej podstawie (z jakiej konkretnej przyczyny) Zamawiający uznał, że rozwiązanie oferowane przez Odwołującego nie zakłada wykorzystania reaktorów pneumatycznych/fluidalnych, lecz reaktorów „innego typu” niezgodnych z treścią SIWZ

4. Art. 91 ust. 1 przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i bezzasadny wybór oferty SBB, którą należało sklasyfikować na drugim miejscu w rankingu ofert.

5. Art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

{Ponadto z ostrożności i na wypadek, gdyby Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego wywołał odmienną interpretację postanowień SIWZ w stosunku do przedstawionej w odwołaniu:}

6. Art. 93 ust. 1 pkt 7 przez zaniechanie unieważnienia postępowania, które jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a polegającą na sporządzeniu nieprecyzyjnego i wieloznacznego opisu przedmiotu zamówienia, w wyniku czego złożone oferty są nieporównywalne, gdyż wykonawcy przy ich przygotowaniu wychodzili z odmiennych założeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty SBB jako najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

{Ponadto, jedynie z ostrożności i w przypadku uznania przez Izbę, że treść oferty Odwołującego powinna podlegać dalszym wyjaśnieniom:}

4. Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu funkcjonowania zaoferowanego reaktora pneumatycznego/fluidalnego z jednoznacznym sprecyzowaniem wątpliwości Zamawiającego w relacji do konkretnych wymagań SIWZ oraz zawartości opisu technicznego załączonego do oferty Odwołującego.

{Ponadto, jedynie z ostrożności i w przypadku uznania przez Izbę, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i wieloznaczny, w wyniku czego złożone oferty są nieporównywalne, a tym samym postępowanie jest obciążone wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp:}

5. Unieważnienia postępowania.

Odwołujący w szczególności następująco sprecyzował okoliczności faktyczne

1. prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący przedstawił następujące okoliczności dotyczące przebiegu badania oferty Energiki pod względem zgodności z wymaganiami PFU.

Zgodnie z pkt 1.3.1.1. ppkt 5 PFU wymogiem wspólnym instalacji dla obu ciepłowni była redukcja zanieczyszczeń kwaśnych przy wykorzystaniu metody półsuchej z wykorzystaniem efektywnych reaktorów typu pneumatycznego/fluidalnego, co zostało powtórzone w pkt 1.3.1.4. ppkt 4 PFU. Z kolei w pkt 33. wyjaśnień treści SIWZ, w odpowiedzi na wniosek wykonawcy o dopuszczenie innych rodzajów reaktorów, Zamawiający potwierdził, że nie dopuszcza stosowania innych rozwiązań technicznych reaktorów

odsiarczania niż wymienione w PFU, tj. innych niż reaktory fluidalne/pneumatyczne”.

W żadnej innej części dokumentacji przetargowej czy w późniejszych wyjaśnieniach Zamawiającego nie zawarto dodatkowych wymagań względem rozwiązań technicznych reaktorów, w szczególności dotyczących zastosowania stabilnego złoża fluidalnego, jak i nie przewidziano obowiązku wykazania w ofercie (opisania czy zobrazowania w określonej

formie), w jaki sposób rozwiązanie takie zostało zastosowane przez wykonawcę.

Zgodnie z wytycznymi odnośnie sposobu przygotowania oferty wykonawca miał załączyć załączniki wymienione w pkt XII.8 Instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW”} oraz w pkt

2 załącznika nr 1a do IDW Opis techniczno-technologiczny instalacji oczyszczania spalin, zgodnie z którym: „wykonawca poniżej wskazuje, jakie podstawowe rozwiązania zastosuje w ramach realizacji Przedsięwzięcia wraz z podaniem ich podstawowych danych technicznych, a w określonych przypadkach zobowiązuje się także przedstawić wymagane załączniki.

Zdaniem Odwołującego analizując treść ww. dokumentów należy uznać, że wykonawcy powinni byli załączyć schemat konfiguracji instalacji oczyszczania spalin (tabeli 1 w pkt 2 Opisu technicznego). Wykonawcy nie zostali natomiast zobowiązani do złożenia innych załączników, w tym np. opisu działania reaktora.

Energika załączyła do swojej oferty wypełniony opis techniczny, który nie budził wątpliwości ani zastrzeżeń Zamawiającego co do jego kompletności na etapie wyjaśniania treści oferty (jak również w uzasadnieniu odrzucenia oferty).

24 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał Energikę do złożenia wyjaśnień, w tym udzielenia odpowiedzi w następującym zakresie: W toku postępowania przetargowego Zamawiający wskazał, iż wymaga zastosowania reaktora do usuwania zanieczyszczeń kwaśnych typu pneumatycznego/fluidalnego. Prosimy zatem o informację, czy zaproponowany przez Wykonawcę typ reaktora do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych jest reaktorem pneumatycznym/fluidalnym?"

W piśmie z 30 stycznia 2020 r. Energika udzieliła następującej odpowiedzi: Potwierdzamy, że zaoferowana technologia spełnia wymagania postępowania przetargowego i będzie zgodna z wymaganiami SiWZ. Zaproponowany reaktor do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych jest reaktorem pneumatycznym/fluidalnym.

Następnie w pkt III pisma z 25 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał Energikę do udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie: Dla potwierdzenia, że złożona oferta odpowiada wymaganiom SiWZ, niezbędne jest jednoznaczne wyjaśnienie czy w proponowanym przez Państwa reaktorze znajduje się stabilne złoże fluidalne oraz gdzie jest ono zlokalizowane. Prosimy o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie oraz przekazanie opisu technicznego działania reaktora.

Zdaniem Odwołującego treść ww. wezwania wskazuje, że Zamawiający wezwał go do udzielenia wyjaśnień odnośnie: po pierwsze zastosowania stabilnego złoża fluidalnego - tj. elementu niewymienionego w żadnej części dokumentacji przetargowej, w tym PFU; po drugie złożenia opisu technicznego działania reaktora, tj. dokumentu niewymaganego w SiWZ; w terminie krótszym niż 3 dni (odpowieź należało przekazać do 28 lutego godz. 14:00).

W odpowiedzi z 28 lutego 2020 r. Energika ponownie potwierdziła, że przewiduje zastosowanie rozwiązań zgodnych z SiWZ i jednocześnie zwróciła się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, w której części SiWZ sformułowano wymagania odnośnie

zastosowania stabilnego złoża fluidalnego. Odwołujący wyszedł bowiem z założenia, że udzielona odpowiedź powinna korespondować z wymaganiami technicznymi zawartymi w

PFU.

W zawiadomieniu z 23 marca 2020 r. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty

Energiki wskazał, że nie wykazała zastosowania w systemie do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych (SO₂, HCl, HF) reaktorów fluidalnych/pneumatycznych, a ponadto z przedstawionego przez wykonawcę w ofercie opisu techniczno-technologicznego zakresu budowy i działania systemu redukcji emisji zanieczyszczeń kwaśnych (SO₂, HCl, HF) (Załącznik nr 1 do oferty „Opis techniczno-technologiczny Instalacji Oczyszczania Spalin”) wynika, że wskazane w ofercie reaktory do redukcji emisji zanieczyszczeń kwaśnych nie posiadają cech, które pozwalałyby zakwalifikować je do reaktorów fluidalnych/pneumatycznych. Z treści ww. załącznika nr 1 oraz przedstawionego przez wykonawcę schematu wynika, iż wykonawca oferuje zamawiającemu reaktory innego typu niż reaktory fluidalne/pneumatyczne (...)

Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia, z jakiej konkretnej przyczyny doszedł do przekonania, że reaktory zastosowane przez Energikę nie spełniają wymagań określonych w PFU i to pomimo że Odwołujący dwukrotnie kategorycznie oświadczał, że proponowany reaktor jest reaktorem pneumatycznym/fluidalnym.

W uzasadnieniu nie ma również odniesienia do kwestii stabilnego złoża fluidalnego czy niezłożenia opisu technicznego działania reaktora, co nakazuje przyjąć, że zagadnienia te nie stanowiły podstawy dla uznania, że rozwiązania oferowane przez Odwołującego są niezgodne z SIWZ. Wezwania Zamawiającego nie dotyczyły podstawy faktycznej dokonanej później odrzucenia oferty Energiki tj. rzekomego zaoferowania reaktorów innego typu niż pneumatyczne/fluidalne.

Odwołujący stwierdził, że dołożył wszelkich starań, aby przygotować ofertę zgodną z treścią SIWZ zarówno w aspekcie formalnym (wymagane dokumenty), jak i merytorycznym (zgodność oferowanych rozwiązań z wymogami PFU). Do oferty załączono wszystkie wymagane dokumenty, w tym te o charakterze technicznym (czego zresztą Zamawiający nie kwestionuje), a ponadto dwukrotnie zapewniono Zamawiającego o zamiarze zastosowania reaktorów pneumatycznych/fluidalnych. Tym samym treść oferty, jak również udzielonych do niej wyjaśnień, nie pozostawiała wątpliwości co do zgodności z treścią SIWZ, w tym również w zakresie wymagań dotyczących reaktorów.

Odwołujący zarzucił, że analiza uzasadnienia odrzucenia oferty nie pozwala na ustalenie, z jakiego konkretnego powodu Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż całość argumentacji w tym zakresie opiera się na ogólnym założeniu, że przyjęto zastosowanie reaktorów innych („innego typu”) niż pneumatyczne/fluidalne. Zamawiający nie wskazał jednakże, na jakiej podstawie takie założenie przyjął, o jaki inny typ chodzi i jakich konkretnych cech determinujących reaktory pneumatyczne/fluidalne Zamawiający nie dopatrzył się w ofercie Odwołującego. Ogólnikowe wskazania na brak cech pozwalających na zakwalifikowanie reaktorów do tych dopuszczonych w SIWZ, tj. pneumatycznych/fluidalnych wymaga bezwzględnie sprecyzowania, polegającego na wskazaniu cechy, które Zamawiający uznawał za pozwalające na taką kwalifikację (zwłaszcza, że nie zostały one opisane w SIWZ/PFU) i które z tych cech nie zostały uwzględnione w oferowanym rozwiązaniu, względnie jaka cecha rozwiązania oferowanego przez Odwołującego zdaniem Zamawiającego oznacza, że oferta nie obejmuje dostawy reaktorów pneumatycznych/fluidalnych.

Tymczasem zdaniem Odwołującego takiego sprecyzowania Zamawiający nie przeprowadził, przez co niemożliwa jest identyfikacja faktycznych podstaw odrzucenia oferty. Zamiast wykazać niezgodność z SIWZ, Zamawiający ograniczył się do gołosłownego i apriorycznego stwierdzenia, że oferta nie jest zgodna z wymogami SIWZ. Tymczasem z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wynika, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania podstaw odrzucenia oferty.

W konsekwencji według Odwołującego nie jest możliwe podjęcie jakiegokolwiek merytorycznej polemiki z decyzją Zamawiającego. Zamawiający nie sprostował obowiązkowi sporządzenie takiego uzasadnienia odrzucenia oferty, które będzie można poddać późniejszej ocenie. Odwołujący odniósł wrażenie, że Zamawiający zamierzał przerzucić ciężar oceny kwestii stricte technicznych na Krajową Izbę Odwoławczą, skoro sam nie przedstawił takiej oceny, a ograniczył się tylko do zaprzeczenia oświadczeniom wykonawcy o zgodności oferty z SIWZ. Takie działanie rodzi też ryzyko rozszerzania przez Zamawiającego faktycznej podstawy odrzucenia oferty na etapie postępowania odwoławczego, co jest niedopuszczalne.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powołał się na lakoniczne i ograniczone wyjaśnienia, w wyniku czego jak Odwołujący może się jedynie domyślać, gdyż nie wskazano tego jasno w uzasadnieniu uznano, że oferowane rozwiązanie w istocie nie jest zgodne z SIWZ. Odwołujący w tym kontekście podkreślił, że na pytanie dotyczące zastosowania reaktorów pneumatycznych/fluidalnych odpowiedział w sposób jednoznacznie potwierdzający zgodność oferty z SIWZ. Zamawiający nie wzywał do udzielenia dalszych wyjaśnień w tym zakresie, co jest dla Odwołującego niezrozumiałe, skoro miał wątpliwości co do spełniania tego wymogu i ostatecznie dał im wyraz odrzucając ofertę Odwołującego z tej przyczyny.

Co istotne według Odwołującego, uzasadnienie odrzucenia oferty w żaden sposób nie odnosi się do pytań odnośnie kwestii stałego złoża fluidalnego oraz złożenia opisu technicznego działania reaktora. Należy zatem przyjąć, że wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie nie rzutowały na decyzję o odrzuceniu oferty, gdyby bowiem miały taki wpływ i przesądzały o odrzuceniu oferty, wówczas powinien on zostać wskazany w uzasadnieniu.

Niezależnie od tego Odwołujący zarzucił, że treść wezwania Zamawiającego z 25 lutego br. w tym zakresie nie miała oparcia w postanowieniach SIWZ oraz przepisach pzp, a tym samym było ono niedopuszczalne i nie powinno wpływać na wynik badania oferty Odwołującego. Co więcej, wystosowane do Odwołującego wezwania w ogóle nie podejmowały zagadnienia ewentualnego braku wymaganych cech pozwalających na kwalifikację proponowanych reaktorów do reaktorów pneumatycznych/fluidalnych, nie

wspominając już o sprecyzowaniu tych cech. Tym samym kwestia, która ostatecznie wskazana została przez Zamawiającego w uzasadnieniu jako stanowiąca o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, w ogóle nie była z Odwołującym wyjaśniana. Tym samym Zamawiający naruszył obowiązek wynikający z art. 87 ust 1 pzp oraz zasadę tzw. dobrej administracji podkreślaną w unijnym orzecznictwie, która nakazuje, aby w przypadku wątpliwości co do treści oferty, zamawiający w pierwszej kolejności wykorzystał swoje uprawnienie do żądania wyjaśnień od wykonawców .

Ponieważ wymóg zastosowania stabilnego złoża fluidalnego nie był przewidziany w PFU ani w żadnej innej części SIWZ, dla Odwołującego zaskakujące było pytanie dotyczące tego elementu, a cel takiego wezwania nieoczywisty. Również bezpodstawne było wymaganie złożenia opisu technicznego działania reaktora, gdyż żadne z postanowień SIWZ nie przewidywało obowiązku przedstawienia tego rodzaju dokumentu. Istotne zastrzeżenia budzi też termin na złożenie takiego dokumentu, wynoszący niespełna trzy dni.

Powyższe w opinii Odwołującego może wskazywać, że zamiarem Zamawiającego nie było umożliwienie złożenia stosownych wyjaśnień, lecz jedynie znalezienie pretekstu dla odrzucenia jego oferty. Ostatecznie wydaje się, że złożone wyjaśnienia nie dostarczyły takiego pretekstu, skoro Zamawiający w żaden sposób się do nich nie odniósł.

Odwołujący jakkolwiek zastrzegł, że jakiegokolwiek nowe wywody Zamawiającego odnośnie tej niezgodności, które ewentualnie zostaną zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, powinny zostać pominięte przez Izbę z ostrożności zwrócił uwagę na aspekty techniczne funkcjonowania instalacji oczyszczania spalin, które jego zdaniem potwierdzają, że zastosowane przez niego w instalacjach półsuchego odsiarczania reaktory Odwołującego typu pneumatycznego/fluidalnego.

Po pierwsze grupa reaktorów pneumatycznych/fluidalnych charakteryzuje się różnymi prędkościami przepływu spalin. Przy większej prędkości reaktor ma bardziej

charakter pneumatyczny, a przy mniejszej ma bardziej charakter fluidalny. W rozwiązaniu zawartym w ofercie zastosowano reaktor typu pneumatycznego/fluidalnego, w którym istnieje strefa intensywnego mieszania. Po dodaniu recyrkulowanego zwilżonego sorbentu, dzięki wysokiej koncentracji zawieszonych cząsteczek (do 500 mg/m³) wilgotny sorbent oscyluje (jest zawieszony, porusza się góra-dół) i po odparowaniu wody pneumatycznie jest transportowany na filtr.

Po drugie reaktory typu pneumatycznego/fluidalnego w instalacjach odsiarczania półsuchego są reaktorami cyrkulacyjnymi jest to konieczne, aby dodawać świeży sorbent i usuwać przereagowany. Różne konstrukcje albo magazynują więcej sorbentu w złożu (bardziej fluidalny) albo mniej (bardziej pneumatyczny, przy czym oba wykorzystują te same zjawiska i takie zaproponowano w załączniku nr 1A do oferty.

Niezależnie od tego Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie przedstawił definicji reaktorów ani w żaden sposób nie doprecyzował ich cech. Posłużenie się sformułowaniem „reaktor pneumatyczny/fluidalny” może prowadzić do wątpliwości, czy zakresem zamówienia objęte są (alternatywnie) reaktory fluidalne albo pneumatyczne, czy też dopuszczone są reaktory fluidalno-pneumatyczne, tj. posiadające zarówno cechy reaktorów fluidalnych, jak i pneumatycznych (i przy tym bez znaczenia, czy konstrukcyjnie zbliżone bardziej do fluidalnych czy do pneumatycznych).

Ponieważ wszelkie wątpliwości czy niejednoznaczności treści SIWZ powinny być wykładane w sposób korzystny dla wykonawców, nieprecyzyjna treść PFU nie powinna

w żaden sposób stanowić podstawy dla tak daleko idących konsekwencji w stosunku

do Odwołującego, jak odrzucenie jego oferty, w przypadku gdy jego rozwiązanie odpowiada

przynajmniej jednej z kilku dopuszczalnych interpretacji SIWZ.

Przyjęcie odmiennej koncepcji, przy uznaniu, że postanowienia PFU mogą być

uznane za wieloznaczne, może oznaczać, że opis przedmiotu zamówienia został

sporządzony w sposób nieprecyzyjny, w wyniku czego złożone oferty są nieporównywalne, gdyż wykonawcy przy ich przygotowaniu wychodzili z odmiennych założeń. Powyższa konstatacja oznaczałaby konieczność unieważnienia postępowania, które jest niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 8 czerwca 2020 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający zwrócił uwagę, że każdy wykonawca składający ofertę w tym postępowaniu był zobligowany do przedstawienia opisu techniczno-technologicznego instalacji oczyszczania spalin w sposób umożliwiający Zamawiającemu ocenę zgodności zaproponowanego rozwiązania z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ, w tym w szczególności z wymaganiami PFU, co potwierdzał oświadczeniem zamieszczonym na wstępie tego dokumentu, na którego pierwszej stronie widniała ponadto uwaga, że opisy rozwiązań muszą uwzględniać wymagania techniczne zawarte w SIWZ.

Zamawiający oświadczył, że oferta Energiki nie została przygotowana zgodnie z powyższymi wymaganiami SIWZ. Nie zawierała bowiem „opisu rozwiązania technicznego” (kolumna 3 Tabeli 1 i Tabeli 2 w załączniku nr 1a do SIWZ Cz. I IDW) w zakresie Systemu redukcji emisji zanieczyszczeń kwaśnych (SO₂, HCl, HF) (Lp. 4 Tabeli 1 i Tabeli 2), który pozwoliłby na weryfikację przez Zamawiającego bez wątpliwości czy oferta Odwołującego spełnia czy też nie wymagania SIWZ w zakresie typu reaktora.

Zamawiający zrelacjonował, że dwukrotnie zwrócił się do Energiki z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanego reaktora.

W pierwszym wezwaniu z 24 stycznia 2020 r. poprosił o informację, czy zaproponowany przez Wykonawcę typ reaktora do redukcji zanieczyszczeń kwaśnych jest reaktorem pneumatycznym/fluidalnym. W odpowiedzi Energika ograniczyła się odpowiedzią potwierdzającą.

W kolejnym wezwaniu z 25 lutego 2020 r. Zamawiający zwrócił się o bardziej szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie, uznając za niezbędne dla potwierdzenia, że złożona oferta odpowiada wymaganiami SIWZ, jednoznaczne wyjaśnienie, czy w proponowanym reaktorze znajduje się stabilne złożo fluidalne oraz gdzie jest ono zlokalizowane, w tym przekazanie opisu technicznego działania reaktora. W odpowiedzi Energika ponownie lakonicznie potwierdziła, że oferowany reaktor będzie reaktorem typu pneumatycznego/fluidalnego.

Zamawiający zaznaczył, że opis techniczny działania reaktora, którego oczekiwał, to nie żaden nowy, dodatkowy, wymyślony na potrzeby wezwania dokument, a opis rozwiązania technicznego, który winien zostać ujęty przez Odwołującego w opisie techniczno-technologicznym (Lp. 4 Tabela 1 oraz Lp. 4 Tabela 2) załączonym do oferty, w sposób pozwalający na weryfikację spełnienia wymagań SIWZ.

Zamawiający powtórzył brzmienie uzasadnienie odrzucenia wskazujące na zaferowanie reaktora innego typu niż wymagany pneumatyczny/fluidalny, a ponadto dodał, że Energika nie wskazała w szczególności, czy w proponowanym reaktorze znajduje się stabilne złożo fluidalne oraz gdzie jest ono zlokalizowane, a także nie przekazała opisu technicznego działania reaktora, pomijając zupełnie wezwanie Zamawiającego w tym zakresie.

Przechodząc do aspektów technicznych Zamawiający stwierdził, że jak wskazują specjaliści (biegli) z zakresu energetyki, typowymi reaktorami stosowanymi w instalacjach odsiarczania metodą półsuchą są reaktory mechaniczne (z mechanicznymi elementami) lub ze złożem fluidalnym (zwane też pneumatycznymi).

Nazwa „reaktor fluidalny/pneumatyczny” determinuje ściśle warunki przepływowe wewnątrz reaktora oraz określony sposób podawania spalin oczyszczanych i sorbentu, aby zapewnić występowanie w reaktorze złoża fluidalnego (warstwa sorbentu w spalinach). Definicja złoża fluidalnego: dynamiczna zawiesina (tzw. złożo fluidalne) drobnych cząstek ciała stałego w strumieniu gazu lub cieczy poruszających się z dołu do góry, może być różnej gęstości. Zastosowanie złoża fluidalnego zapewnia odpowiedni czas i prawdopodobieństwo kontaktu sorbentu z kwaśnymi składnikami spalin, co pozwala na osiągnięcie wysokich efektywności redukcji kwaśnych składników spalin. Odpowiedni kształt (konstrukcja) reaktora oraz dobór parametrów przepływowych dla spalin, sorbentu wapniowego i wody na wlocie do reaktora w przepływie wznoszącym stwarza warunki do powstawania warstwy fluidalnej i dzięki temu umożliwia kontrolę efektywności odsiarczania przy względnie niskim zużyciu sorbentu o wymaganym rozkładzie ziarnowym w postaci wapna hydratyzowanego Ca(OH)₂. Spaliny wprowadzane są do dolnej części reaktora i płynąc w kierunku króćca wylotowego, turbulently mieszają się z wodorotlenkiem wapnia i opcjonalnie z recykulowanym produktem poprocesowym tworzącym złożo fluidalne. W złożu fluidalnym następuje

absorpcja SO₂ i innych kwaśnych składników spalin. Część cząstek stałych opuszcza reaktor wraz ze spalinami i przepływa do filtrów.

Instalacje z reaktorem zwanym mechanicznym cechują się innym sposobem tworzenia mieszaniny sorbentu z wilgotnymi spalinami pozwalającymi na kontakt sorbentu i gazów kwaśnych. W rozwiązaniu z reaktorem przepływowym w pierwszej części doprowadzane są spaliny we współprądzie z wodą, w dolnej części reaktora spaliny wilgotne, tj. aerozol wilgotnych spalin mieszany jest z sorbentem za pomocą części ruchomych np. bębna kondycjonującego i kolejno zachodzi przepływ spalin w kierunku wznoszącym do wylotu w górnej części reaktora. W takich warunkach przepływowych dół-góra nie zachodzi fluidyzacja, a szybkość przepływu zależy jedynie od różnicy ciśnień wlot/wylot dla danych rozmiarów kanałów. Podstawowymi elementami instalacji z wykorzystaniem reaktorów mechanicznych jest między innymi bęben kondycjonujący, który gwarantuje równomierne rozprowadzenie reagenta w strudze spalin.

Zasadnicza różnica między reaktorem mechanicznym a fluidalnym/pneumatycznym przejawia się w rozwiązaniu technicznym konfiguracji samego reaktora oraz miejscu, gdzie zachodzi zasadniczy proces odsiarczania. W przypadku wymaganego wg SIWZ reaktora reakcje zachodzą w objętości złoża fluidalnego występującego w reaktorze, natomiast w reaktorze mechanicznym w strumieniu przepływającej mieszaniny za bębnem kondycjonującym i w urządzeniu filtrującym.

Zastosowanie bębna kondycjonującego wręcz uniemożliwia powstanie złoża fluidalnego, którego cechą zasadniczą jest obecność warstwy materiału sypkiego w stanie pseudopłynnym utworzonej za pomocą strugi płynu. Płyn, zwykle w postaci gazu, jest podawany od dołu (dystrybutora). W pewnym zakresie prędkości strugi płynu, zależnym od rozmiarów cząstek i stosunku gęstości fazy rozproszonej i ciągłej, złożo fluidalne znajduje się w stanie quasi-stabilnym.

W konsekwencji instalacja oparta na reaktorze z bębnem stanowi typ mechanicznego

reaktora i nie spełnia warunku obecności w rozwiązaniu złoża fluidalnego.

W rezultacie do osiągnięcia dużej skuteczności odsiarczania w kontrolowany sposób,

co zależy między innymi od bezpośredniego kontaktu sorbentu i czasu jego trwania, niezbędne jest zastosowanie złoża fluidalnego/pneumatycznego.

W ocenie Zamawiającego odwołanie w końcowej części odwołania wybiórczo dobrał pewne cechy zjawisk fizycznych do określonych rozwiązań technologicznych, aby wykazać zgodność swojej oferty z PFU.

Po pierwsze istotą działania reaktorów fluidalnych (zwanymi również pneumatycznymi) jest powstawanie w nich złoża fluidalnego [określenie „pneumatyczny”

wskazuje po prostu, że reakcja przebiega w strudze gazu (spalin) przepływającego z określoną prędkością]. Rozróżnienie reaktorów na „bardziej pneumatyczne” czy „bardziej fluidalne” jest z technicznego punktu widzenia nieuprawnione i nigdzie niespotykane w publikacjach z zakresu oczyszczania spalin. Prędkość spalin w reaktorze fluidalnym/pneumatycznym zawsze musi być dobrana do warunków zaistnienia zjawiska fluidyzacji.

Po drugie reaktory typu pneumatycznego/fluidalnego w instalacjach odsiarczania półsuchego są reaktorami cyrkulacyjnymi jest to konieczne, aby dodawać świeży sorbent i usuwać przereagowany. Określenie to jest adekwatne zarówno dla reaktorów

mechanicznych, jak i fluidalnych/pneumatycznych. Proces recyrkulacji stosowany jest dla zwiększenia przereagowania sorbentu i w żadnej mierze nie przesądza o typie rozpatrywanego reaktora. Teza, że reaktor musi być typu cyrkulacyjnego, aby było możliwe dodawanie świeżego sorbentu i usuwanie przereagowanego nie ma po prostu sensu

technicznego.

Zdaniem Zamawiającego nie ma znaczenia, że nigdzie w SIWZ (w tym w PFU) nie ma mowy o złożu fluidalnym, gdyż jest ono niezbędnym elementem reaktora pneumatycznego/fluidalnego, o którym mowa w PFU. Innymi słowy bez złoża fluidalnego nie można mówić o istnieniu reaktora fluidalnego/pneumatycznego.

Zamawiający stwierdził, że dla wyjaśnienia, czy oferowany reaktor jest takiego typu, zwrócił się o informację odnośnie występowania i lokalizacji złoża fluidalnego. Dodał,

że w żądaniu opisu technicznego działania reaktora nie chodziło o odrębny dokument, a po prostu o techniczne wyjaśnienie działania reaktora, aby mógł ocenić, czy jest on typu pneumatycznego/fluidalnego. Co więcej, ponieważ opis techniczny działania reaktora z całą pewnością mieści się w ramach opisu techniczno-technologicznego systemu redukcji zanieczyszczeń kwaśnych (to właśnie za pomocą reaktora odbywa się oczyszczanie), żądane informacje mieściły się w zakresie oczekiwanym wg dokumentacji przetargowej.

W konsekwencji według Zamawiającego zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp i wnioszek ewentualny odwołania o nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu funkcjonowania zaoferowanego reaktora jest bezzasadny, gdyż wezwania takie zostały już wystosowane. Natomiast Odwołujący nie ustosunkował się w sposób merytoryczny do zadawanych przez Zamawiającego pytań, czego wymaga się w stosunkach pomiędzy profesjonalnymi podmiotami. Zamawiający stwierdził, że oczekiwał konkretnych wyjaśnień, podpartych konstruktywnymi argumentami, nie zaś jedynie oświadczenia.

Zamawiający podniósł również, że wezwanie do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pzp stanowi, zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu, uprawnienie zamawiającego. W konsekwencji nie można postawić skutecznego zarzutu odwołania prowadzącego się do nieskorzystania przez zamawiającego z przysługującego mu prawa.

Zamawiający podsumował {swoje znacznie obszerniejsze, niż to powyżej zrelacjonowano, wywody odnośnie art. 87 ust. 1 pzp, z przywołaniem orzecznictwa}, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp nie może być mu podniesiony w sytuacji, gdy precyzyjnie wskazywał, jakich wyjaśnień oczekuje, lecz ich nie otrzymał, a oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Zamawiający wywiódł, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, stopień szczegółowości wyjaśnienia przyczyn odrzucenia oferty jest kwestią oceną, jednakże w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty wystarczające jest podanie najważniejszych i zrozumiałych dla wykonawcy przyczyn, które legły u podstaw takiej decyzji zamawiającego.

Ponadto wystarczające jest wskazanie choćby jednej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, aby za uzasadnioną uznać czynność odrzucenia oferty, niezależnie od zasadności innych powodów.

Natomiast sam fakt, iż uzasadnienie jest krótkie, nie przesądza jeszcze o tym, że należy je uznać za niewystarczające, tym bardziej jeśli Odwołujący złożył w oparciu o nie środek odwoławczy .

Zamawiający podkreślił, że nie mógł określić podstaw odrzucenia oferty w sposób bardziej szczegółowy z uwagi na brzmienie załącznika nr 4 do oferty Energiki, w którym wskazano, że informacje ujęte m.in. w załączniku 1a do oferty opisie techniczno-technologicznym (w którym znajdował się opis oferowanego reaktora wraz ze schematem) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tej sytuacji według Zamawiającego ujawnienie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, które konkretnie cechy reaktora opisanego we wskazanym załączniku świadczą o tym, że nie jest on reaktorem typu fluidalnego/pneumatycznego, stanowiłoby ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż informacja ta jest dostępna również pozostałym uczestnikom postępowania, którzy są konkurentami Energiki. Zamawiający oświadczył, że nie chciał narazić się na sankcje przewidziane ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, działał w interesie przedsiębiorstwa Odwołującego i trudno mu czynić zarzut z przestrzegania zasad uczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia jest skorelowane z treścią wezwań do wyjaśnień, które wskazywały na konieczność wykazania rodzaju oraz opisu technicznego działania reaktora.

W swoim piśmie z 8 czerwca 2020 r. Przystępujący zajął stanowisko zbieżne z Zamawiającym.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący adekwatnie oddał istotę otrzymanego od Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty, pomimo że jest ono znacznie dłuższe niż zacytowane powyżej jego fragmenty. Kluczowe znaczenie ma bowiem okoliczność, że obszernemu przywołaniu postanowień specyfikacji (PFU) dotyczących wymaganych rozwiązań technologicznych instalacji oczyszczania spalin w zakresie redukcji zanieczyszczeń kwaśnych, z którymi miałyby być niezgodna oferta Energiki (opis techniczno-technologiczny), towarzyszy bardzo ogólnikowe wskazanie, na czym ta niezgodność miałyby polegać. Sprowadza się ono właśnie do stwierdzenia, że z oferty Energiki wynika zastosowanie reaktora innego typu niż wymagany fluidalny vel. pneumatyczny. Nie podano natomiast ani na podstawie jakich konkretnie punktów opisu technicznego (lub braku konkretnie jakich informacji w tymże opisie) doszło do ustalenia tego „innego typu” reaktora, ani w czym konkretnie przejawia się ta odmienność reaktora zaoferowanego od wymaganego, pomimo że wspomina się o bliżej niesprecyzowanych cechach, które mają różnić te rozwiązania. Nic konkretnego w tym zakresie nie wnosi również zrelacjonowanie w ramach przekazanego Energice uzasadnienia przebiegu procedury wyjaśnień treści jej oferty.

Stąd za uzasadnione logicznie i poczynione w dobrej wierze należy uznać wnioski, do których doszedł Odwołujący, że skoro w ramach relatywnie obszernego i odnotowującego fakt przeprowadzenia procedury wyjaśnień treści oferty uzasadnienia nie odniesiono się ani do stabilnego złoża fluidalnego jako immanentnej cechy reaktora wymaganego typu, ani niezłożenia lub złożenia niewystarczającego opisu technicznego działania reaktora, kwestie te nie stanowiły podstawy faktycznej uznania rozwiązania oferowanego przez Energikę za niezgodne z PFU.

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie złożonej bezpośrednio przed rozprawą okazało się, że bez uszczerbku dla tajemnicy przedsiębiorstwa Energiki (złożony odpis dla Przystępującego nie zawierał jedynie załączonych opinii prywatnych wykonanych na zlecenie Zamawiającego), Zamawiający ujawnił, co następuje.

Po pierwsze, że wręcz przeciwnie, uważa istnienie złoża fluidalnego za immanentny element wymaganego reaktora pneumatycznego (fluidalnego), stąd nie ma znaczenia, że jak sam przyznał, nigdzie w PFU o takim złożu wprost nie napisano.

Po drugie, że Zamawiający dodatkowo zarzuca Energice, że nie złożyła opisu rozwiązania technicznego spełniającego quasi-formalne wymagania, aby był na takim poziomie szczegółowości, który pozwoliłby Zamawiającemu na weryfikację merytorycznej

zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami PFU.

Po trzecie, że jednak na podstawie złożonego opisu technicznego jest w stanie zidentyfikować oferowany typ reaktora jako tzw. mechaniczny, a także sprecyzować cechy, które zasadniczo odróżniają go od typu fluidalnego (pneumatycznego).

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności dla porządku zaznaczyć należy, że zasadniczy zarzut odwołania dotyczy zaniechania prawidłowego powiadomienia Odwołującego o powodach odrzucenia jego oferty, a wszystkie pozostałe zarzuty zostały podniesione wprost lub de facto z ostrożności na wypadek jego nieuwzględnienia. Z kolei zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień nie ma charakteru samoistnego w stosunku do zarzutu braku istnienia niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej również: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”). W konsekwencji potwierdzenie się tego kluczowego zarzutu należy w okolicznościach tej sprawy poczytać za uwzględnienie odwołania w całości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Jednocześnie według art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z art. 7 ust. 1 pzp wynika w szczególności, że Zamawiający przeprowadza postępowanie zgodnie z zasadą przejrzystości. Ponadto art. 9 ust. 1 pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej.

Jak to powyżej ustalono, uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Energiki było ogólnikowe, a wręcz mogło i wprowadziło w błąd Odwołującego, który mógł jedynie dedukować na podstawie dostępnych informacji i wiedzy o przebiegu badania jego oferty, co do tego, na czym w istocie zasadza się wg Zamawiającego enigmatycznie opisana w ramach przekazanego uzasadnienia faktycznego niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Tymczasem to na Zamawiającym, który dokonał czynności przekreślającej możliwość dalszego ubiegania się Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia, spoczywał wynikający z art. 6 Kodeksu cywilnego (w zw. z art. 14 pzp) ciężar wykazania wystąpienia okoliczności skutkujących zastosowaniem tej podstawy prawnej odrzucenia oferty, polegający na podaniu adekwatnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp. Niesprostanie temu obowiązkowi przekreśla możliwość wywiedzenia przez Zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp negatywnych skutków prawnych względem oferty Odwołującego.

Podkreślić należy, że Izba nie mogła badać zasadności odrzucenia oferty Energiki przez pryzmat rozszerzonego uzasadnienia faktycznego, które Zamawiający sformułował w formie pisemnej dopiero w odpowiedzi na odwołanie z 8 czerwca 2020 r.

Po pierwsze, zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponieważ w tej sprawie odwołanie dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, oczywistym jest, że w takim przypadku postawione zarzuty obiektywnie nie mogą wykroczyć poza czynność Zamawiającego, którą konstytuuje nie tylko podane uzasadnienie prawne, ale również (a nawet przede wszystkim) uzasadnienie faktyczne. Z tego względu w rozpatrywanej sprawie poza granicami sporu podlegającego kognicji Izby znajdują się nowe - w stosunku do podanych w zawiadomieniu z 23 marca 2020 r. - okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Energiki. W konsekwencji również złożone na rozprawie dowody dla wykazania istnienia tych okoliczności podlegają pominięciu jako bez znaczenia dla rozpatrywanej sprawy. Co prawda z art. 190 ust. 2 pzp wynika, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, ale może to się odnosić do okoliczności, które zostały wprowadzone do postępowania odwoławczego w zgodzie z art. 192 ust. 7 pzp.

Abstrahując nawet od tego, że formułowanie dopiero w toku postępowania odwoławczego wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia jest w oczywisty sposób niezgodne z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp, Zamawiający składając odpowiedź na odwołanie dopiero na posiedzeniu (co samo w sobie jest dopuszczalne), de facto przekreślił możliwość rozważenia przez Odwołującego skorzystania na przykład z instytucji cofnięcia wniesionego odwołania, gdyby uznał racje Zamawiającego za przekonujące.

Po drugie - taka sytuacja nie może być uznana za prawidłową, gdyż z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp statuującym zasadę

przejrzystości, wynika, że to zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji decyzji podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Konieczność zawarcia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (podobnie jak w przypadku wykluczenia z postępowania) wyczerpującego uzasadnienia faktycznego tej czynności wynika z konstrukcji środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcom, których takie decyzje zamawiających dotyczą, w szczególności instytucji zawitego terminu na wniesienie odwołania. Należy przyjąć, że bieg tego terminu może rozpocząć się dopiero z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o odrzuceniu oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy termin ten zacznie ewentualnie dopiero biec, gdy Zamawiający - w wyniku powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego - podtrzyma decyzję o odrzuceniu oferty Energiki i poinformuje Odwołującego pisemnie o powodach prawnych i faktycznych podjętej przez siebie decyzji, co najmniej na takim poziomie szczególności, jak w odpowiedzi na odwołanie z 8 czerwca 2020 r., w szczególności ze wskazaniem, że Odwołujący nie wskazał, czy proponowanym przez niego reaktorze znajduje się stabilne złożo fluidalne oraz gdzie jest ono zlokalizowane, a także nie przekazał opisu technicznego działania reaktora, który należy uznać za reaktor typu mechanicznego.

Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd wyrażony na tle uprzednio obowiązującego art. 92 ust. 1 pzp w wyroku Izby z 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1658/11), że określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 obowiązek informacyjny stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec Odwołującego czynności pozbawił go możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba w innych uprzednio wydanych wyrokach: 17 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1653/11, 19 września 2011 r. sygn. akt KIO 1934/11 czy 5 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2503/11. Ponadto stanowisko takie znalazło również aprobatę w orzecznictwie sądów okręgowych (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 grudnia 2011 r. sygn. akt V Ca 2248/11).

Niezależnie od powyższego Zamawiający dokonał złego wyboru interesów Odwołującego, które rzekomo chciał chronić. Abstrahując od faktu, że w jawnej odpowiedzi na odwołanie był jednak w stanie sprecyzować uzasadnienie faktyczne odrzucenia, oczywiste jest, że zasadniczy interes Energiki w tym postępowaniu przejawia się w możliwości uzyskania zamówienia. Wydaje się również, że Zamawiający dysponujący profesjonalną obsługą prawną nie powinien mieć trudności z prawidłowym rozstrzygnięciem ani tej kolizji, ani kolizji obowiązku udostępniania informacji pozostałym wykonawcom z koniecznością ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Energiki. Zamawiający mógł albo odwołać się do oznaczeń konkretnych jednostek redakcyjnych opisu technicznego oferty, bez zdradzania ich treści lub przekazać tylko Energice szczegółowe odniesienie się do treści opisu technicznego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy - orzekła,

jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono, w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.