

WYROK

Warszawa, dnia 22 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - **w składzie:**

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę Solar Square Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Frysztak

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Ł.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa Matrix Serwis Ł.M. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600 zł,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Frysztak prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia

11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa z montażem instalacji fotowoltaicznej o mocy 49,95 kW na terenie Stacji Uzdatniania Wody we Frysztaku w formie zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 sierpnia 2024r. nr 2024/BZP 00457929/01.

W dniu 30 września 2024 r. odwołujący - wykonawca Solar Square Sp. z o.o.

z siedzibą we Wrocławiu wniósł do Prezesa Krajowej Izby odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ł.M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa Matrix Serwis Ł.M. (dalej: „Matrix”) i wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny poprzez naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp poprzez błędne przyjęcie, że oferta Matrix nie podlega odrzuceniu, podczas gdy powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń,
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że oferta Matrix nie podlega odrzuceniu, podczas gdy w ofercie swojej zawarł produkty, które są niezgodne z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ,
- art. 223 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, które doprowadziło do zmiany treści oferty,
- art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Matrix, podczas gdy powinna być ona odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania ofert i odrzucenie oferty Matrix,
- 3) dokonania prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale 4 ust. 3) SWZ postanowił:

„b)W przypadku, gdy Wykonawca proponuje rozwiązania równoważne, w tym materiały, urządzenia i inne elementy, zobowiązany jest wykonać zestawienie wszystkich zaproponowanych rozwiązań równoważnych (np. materiałów, urządzeń oraz innych elementów równoważnych) i wykazać ich równoważność w stosunku do rozwiązań (np. materiału,

urządzenia i innego elementu) opisanych w dokumentacji technicznej, ze wskazaniem nazwy, strony i pozycji w dokumentacji technicznej, których dotyczy.

c) opis zaproponowanych rozwiązań równoważnych powinien być załączony do oferty i musi być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić spełnienie wymagań dotyczących ich właściwości funkcjonalnych, jakościowych i parametrów oraz rozstrzygnąć, czy zaproponowane rozwiązania są równoważne.

d) Oznacza to, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązania (np. materiały, urządzenia i inne elementy) są równoważne w stosunku do opisanych przez Zamawiającego.

e) Wszystkie znaki towarowe, patenty lub świadectwa pochodzenia, źródła, a także normy, europejskie oceny techniczne, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych wskazane w dokumentacji technicznej, należy traktować wyłącznie jako przykładowe, a Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego.

f) Wszystkie przewidziane w dokumentacji przetargowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi chyba, że zapis mówi inaczej."

Według odwołującego, zamawiający w ww. postanowieniu SWZ jasno określił zasady składania ofert z rozwiązaniami równoważnymi. Wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty:

- Zestawienie wszystkich proponowanych rozwiązań równoważnych.
- Wykazanie ich równoważności w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji technicznej.
- Szczegółowy opis rozwiązań równoważnych, umożliwiający zamawiającemu ocenę ich funkcjonalności, jakości i parametrów.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Matrix nie dopełnił powyższych obowiązków. Złożył ofertę zawierającą jedynie formularz ofertowy, oświadczenia i potwierdzenie wniesienia wadium. Wykaz rozwiązań równoważnych przedstawił dopiero w odpowiedzi na wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, co stanowiło naruszenie SWZ oraz przepisy Pzp.

Ponadto odwołujący zauważył, że z przedłożonego wykazu wynika także, że zaoferowane rozwiązanie równoważne jest niezgodne z PFU, a ponadto wykonawca Matrix zamiast jednoznacznie określić oferowane rozwiązanie, zaproponował Zamawiającemu wybór między dwoma modelami inwerterów (HUAWEI SUN2000-17K-MB0 lub HUAWEI SUN2000-20K-MB0), co jest niedopuszczalne w zamówieniach publicznych.

Uzasadniając zarzut niezgodności zaoferowanego rozwiązania z SWZ, odwołujący wyjaśnił, że proponowane inwertery HUAWEI SUN2000 przekraczają limit mocy ustalony przez zamawiającego w PFU, gdyż jedno z proponowanych rozwiązań wariantowych - dwa inwertery HUAWEI SUN2000-20K-MB0 o łącznej mocy 40kW - nie spełnia wymagań określonych w PFU, gdzie zamawiający jasno wskazał, że moc ta nie może przekroczyć 36kW. Takie działanie wykonawcy Matrix świadczy o braku zrozumienia zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych oraz o niedostosowaniu oferty do wymagań Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do inwertera nr 3, bowiem zamawiający w PFU określił, że jego moc maksymalna nie może przekroczyć 14kW. Tymczasem wybrany wykonawca proponuje model HUAWEI SUN2000-15K-MB0 o mocy 15kW, co przekracza ustalony limit. Oferowanie rozwiązania, które nie spełnia wymogów zamawiającego, jest niedopuszczalne i powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Nadto odwołujący wskazał, że wykonawca Matrix, w złożonym z opóźnieniem wykazie rozwiązań równoważnych, pominął kluczowe informacje dotyczące paneli fotowoltaicznych, a mianowicie współczynnik temperatury dla P_{max} oraz współczynnik temperatury dla V_{oc} . Zamawiający w PFU wyraźnie określił, że wartości tych parametrów nie mogą być większe niż odpowiednio $-0,36\%^{\circ}C$ oraz $-0,31\%^{\circ}C$. Wykonawca Matrix zaproponował w przedmiotowych środkach dowodowych panel fotowoltaiczny AIKO-A-MAH54Mb 450W, który cechuje się ww. parametrami na poziomach odpowiednio $-0,29\%^{\circ}C$ oraz $-0,24\%^{\circ}C$, a więc zaoferowane parametry propozycji wykraczają poza dopuszczony przez zamawiającego zakres. W tym kontekście istotne znaczenie ma zapis SWZ Rozdziału IV pkt 3) lit. f), który stanowi, że parametry techniczne w dokumentacji przetargowej są minimalne, chyba że zastrzeżono inaczej. W tym przypadku, zamawiający określając górną granicę wartości współczynników, wskazał, że nie są to parametry minimalne.

W opinii odwołującego Matrix nie wykazał równoważności proponowanego rozwiązania, co stanowi kolejne naruszenie SWZ.

Ponadto odwołujący zarzucił, że zamawiający względem wykonawcy MATRIX przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, które doprowadziły do zmian w ofercie, które nie były pierwotnie uwzględnione. Jest to naruszenie mające istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości, stwierdzając bezzasadność zarzutów odwołania. Zamawiający podkreślił, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli traktowani na równych zasadach, a postępowanie było prowadzone w sposób przejrzysty i konkurencyjny. Wyjaśnił, że postępowanie o

udzielenie zamówienia prowadzone było według przyjętego schematu, w którym Wykonawca :

- składa ofertę wraz z wstępnymi oświadczeniami o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i nie podleganiu wykluczeniu z postępowania oraz dowodem wniesienia wadium,
- na wezwanie Zamawiającego Wykonawca przedkłada podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe odnoszące się do zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia i Programu

Funkcjonalno-Użytkowego,

- wybrany Wykonawca opracowuje projekt na podstawie wytycznych zawartych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i przedstawia do zatwierdzenia Zamawiającemu,
- na podstawie zatwierdzonego projektu realizuje wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niedopełnienia przez Matrix obowiązków wynikających z zapisów SWZ ust. III. pkt 7. ppkt 3b-f dotyczących przedstawienia rozwiązań równoważnych zamawiający wskazał, że przedmiotowe środki dowodowe były wymagane przez zamawiającego zgodnie z zapisami SWZ na wezwanie Zamawiającego, a ogłoszenie o

zamówieniu wyraźnie wskazało, że uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych jest dopuszczalne.

Ponadto w opinii zamawiającego nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący niezgodności oferty Matrix z warunkami zamówienia. Wyjaśnił, że zaproponowanie przez Matrix urządzeń równoważnych w zakresie inwerterów o mocy 15, 17 i 20 kWp tego samego producenta i typu o identycznych parametrach technicznych umożliwiających swobodną konfigurację urządzeń pod instalacje PV wraz z możliwością obniżenia dopuszczalnej wartości mocy produkowanej i wprowadzanej do sieci dystrybutora OSD, jest jak najbardziej zgodny z zapisami PFU. Nie nastąpi w tym zakresie przekroczenie mocy o której mowa w PFU tj. 36 kW i 13,95 kW dla poszczególnych instalacji, gdyż na autorze projektu instalacji PV w trakcie jej opracowywania, będzie ciążył obowiązek dokonania obliczeń i takiego dostosowania parametrów doboru mocy inwerterów, aby dostosowana została maksymalna ilość energii, która może zostać wprowadzona do sieci operatora OSD, jak również zgodnie z zapisami SWZ i PFU cała dokumentacja musi być tak opracowana, aby instalacja została wyposażona w ograniczniki i blokery wprowadzania energii do sieci do poziomu opisanego w PFU. Zapis ten dotyczy obu instalacji oraz wszystkich zaproponowanych inwerterów. Zamawiający wyjaśnił, że w punkcie 1.6.1 PFU zawarto w tym względzie między innymi następujące wytyczne: „Projekt należy opracować w taki sposób, aby moc magazynu energii elektrycznej nie przekraczała mocy mikroinstalacji fotowoltaicznej oraz moc (wydajność) inwertera /falownika była nie większa niż moc instalacji PV, w celu uniknięcia konieczności zwiększania mocy przyłączeniowej. Uwaga: W przypadku ostatecznym, gdyby z obliczeń wynikała konieczność zwiększenia mocy przyłączeniowej, należy rozważyć wykonanie montażu i podłączenia instalacji w sposób ograniczający wprowadzanie wyprodukowanej energii do sieci (montaż sterowników /ograniczników) poprzez jej całkowite zużycie przez urządzenia i instalacje SUW Frysztak, tak aby zachować istniejącą moc przyłączeniową obiektu”. Idąc tokiem myślenia odwołującego, zaproponowane przez niego dwa inwertery o mocy 17 kW każdy też, nie spełniłyby wymagań określonych w PFU. Zamawiający wyraźnie wskazał w SWZ i załącznikach, że Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowi wytyczne dla projektanta i to na nim będzie ciążył obowiązek konfiguracji urządzeń w taki sposób, aby spełniały oczekiwania Zamawiającego

Zarzut odwołującego w zakresie współczynników temperaturowych paneli PV P_{max} i V_{oc} nie znajduje potwierdzenia w zapisach PFU, gdyż zgodnie z karta katalogową zaproponowanych paneli AIKO-A-MAH54Mb wskaźnik te wynoszą:

- dla P_{max} -0,29 %/°C w stosunku do zapisu w PFU „nie większy niż -0,360 %/°C”,
- dla V_{oc} -0,24 %/°C w stosunku do zapisu w PFU „nie większy niż -0,310 %/°C”.

Współczynnik temperaturowy określa, o ile procent spadnie moc paneli fotowoltaicznych, jeśli temperatura wzrośnie o 1 stopień Celsjusza. Współczynnik temperaturowy powinien być jak najniższy i jak najbliższy 0. Zamawiający określając wymogi w tym zakresie w PFU miał na myśli poprzez użycie określenia „nie większy niż”, spadek produkcji energii o nie więcej niż 0,36%/°C dla P_{max} dla każdego wzrostu stopnia temperatury powyżej 250C o 10C, a dla V_{oc} o nie więcej niż 0,31%/°C. W ocenie zamawiającego interpretacja zapisu przyjęta przez Odwołującego jest mylna, gdyż idąc takim tokiem myślenia Zamawiający preferowałby produkty o gorszej jakości niż opisane w SWZ i załączniku PFU, powodujące obniżenie produkcji energii z paneli PV w okresie zwiększonej temperatury powietrza.

Odwołujący sam w swojej ofercie zaproponował panele fotowoltaiczne o wręcz identycznych wskaźnikach zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego tj. o wydajności zgodnej z granicznymi wskazanymi w PFU analogicznie jak Wykonawca wybrany przez Zamawiającego. Zaproponowane przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza, panele fotowoltaiczne mają współczynniki mniejsze niż graniczne wskaźniki opisane w PFU i zostały one mylnie zinterpretowane przez Odwołującego, który mając ewentualne wątpliwości

nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści zapisów SWZ w toku prowadzonego postępowania i w terminach określonych w Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp zamawiający wyjaśnił, że z przedłożonej karty w zakresie gwarancji producenta na inwertery okres gwarancji uwidoczniony w karcie wynosił 5/10/15 lat. Wykonawca w formularzu oferty wykazał okres gwarancji w ilości 15 lat (180 miesięcy), który podlegał ocenie i punktacji. W związku z brakiem jasnej informacji w tym zakresie na karcie katalogowej, zespół wnioskował o wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia gwarancji na zaproponowane inwertery w formularzu oferty. Wykonawca na podstawie art.107 ust. 2 i ust. 4 został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, odnoszących się do okresu udzielonej gwarancji wymienionej w formularzu oferty, gdyż bezpośrednio z karty katalogowej nie wynika iż produkt posiada taki okres gwarancji jaki został zaproponowany w druku oferty i budzi zastrzeżenia dla Zespołu czy Wykonawca właściwie określił okres na 180 miesięcy. Zamawiający opierając się wyłącznie na treści "karty katalogowej" oraz „gwarancji producenta” w zakresie inwerterów czy paneli PV nie mógł podjąć decyzji o uznaniu, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i odrzucić jej z postępowania na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający uznał, iż wiedza pozyskana z tych dokumentów otwiera drogę do wyjaśnienia wątpliwości powstałych u Zamawiającego w stosunku do oferty. Zamawiający uznał za właściwe wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia, iż okres gwarancji na inwertery w ilości 180 miesięcy (15 lat) znajduje odzwierciedlenie w karcie katalogowej czy gwarancji producenta. Wezwanie Matrix o wyjaśnienie rozbieżności nie zmieniło treści oferty i nie było formą negocjacji, nie wprowadzono nowych urządzeń, ani nie zmieniono kart katalogowych, czy gwarancji producenta. Ponadto Zamawiający zwrócił się z prośbą do autora PFU o dokonanie oceny przedłożonego wniosku Wykonawcy i dokumentów w zakresie uznania równoważności zaproponowanych do wbudowania urządzeń uzyskując pozytywną opinię na piśmie w tym zakresie. Zespół ds. przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał w dniu 25.09.2024 r. oceny złożonych wyjaśnień, opinii autora PFU oraz zapisów dokumentacji związanej z prowadzonym postępowaniem uznając, że oferta spełnia oczekiwania Zamawiającego, a zaproponowane do zamontowania urządzenia są równoważne z opisanymi w dokumentacji postępowania wnioskując o wybór oferty przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone odpowiednio

w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie

i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oceniła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku

z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła:

I. Zamawiający w rozdziale IV ust. 3 SWZ ustalił:

„Podane w opisach nazwy własne, znaki towarowe, patenty, źródła pochodzenia, normy itp., o ile występują, nie mają na celu naruszenia ustawy Pzp, a mają jedynie za zadanie sprecyzowanie oczekiwań jakościowych i technologicznych zamawiającego, bez doprowadzania do uprzywilejowania lub wyeliminowania jakichkolwiek wykonawców czy produktów.

a) Wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu lub norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, Zamawiający dopuszcza oferowanie przez Wykonawcę materiałów lub rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych w dokumentacji, pod warunkiem, że nie obniżą określonych w dokumentacji standardów, będą posiadały wymagane odpowiednie atesty, certyfikaty lub dopuszczenia oraz zapewnią wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ. Wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia przykładowych znaków towarowych patentów lub pochodzenia, norm, europejskich, ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych ma na celu doprecyzowanie oczekiwań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia i stanowi wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga od Wykonawcy stosownie do treści art. 101 ust. 5 Pzp złożenia stosownych dokumentów uwiarygodniających zastosowanie rozwiązań równoważnych. W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży w ofercie dokumentów o zastosowaniu innych równoważnych materiałów lub urządzeń lub rozwiązań, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały i urządzenia

zaproponowane w dokumentacji technicznej. W związku z tym Wykonawca jest zobowiązany zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane w dokumentacji technicznej.

b) W przypadku, gdy Wykonawca proponuje rozwiązania równoważne, w tym materiały, urządzenia i inne elementy, zobowiązany jest wykonać i załączyć do oferty zestawienie wszystkich zaproponowanych rozwiązań równoważnych (np. materiałów, urządzeń oraz innych elementów równoważnych) i wykazać ich równoważność w stosunku do rozwiązań (np. materiału, urządzenia i innego elementu) opisanych w dokumentacji technicznej, ze wskazaniem nazwy, strony i pozycji w dokumentacji technicznej, których dotyczy.

c) Opis zaproponowanych rozwiązań równoważnych powinien być dołączony do oferty i musi być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić spełnienie wymagań dotyczących ich właściwości funkcjonalnych, jakościowych i parametrów oraz rozstrzygnąć, czy zaproponowane rozwiązania są równoważne.

d) Oznacza to, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązania (np. materiały, urządzenia i inne elementy) są równoważne w stosunku do opisanych przez Zamawiającego.

e) Wszystkie znaki towarowe, patenty lub świadectwa pochodzenia, źródła, a także normy, europejskie oceny techniczne, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych wskazane w dokumentacji technicznej, należy traktować wyłącznie jako przykładowe, a Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego.

f) Wszystkie przewidziane w dokumentacji przetargowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi, chyba, że zapis mówi inaczej.”

II. W rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SWZ zamawiający ustalił, że „nie dopuszcza składania ofert wariantowych oraz w postaci katalogów elektronicznych.”

III. Wykonawca Matrix wraz z Formularzem oferty złożył potwierdzenie zapłaty wadium oraz oświadczenia wykonawcy dotyczące przesłanek wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

IV. Zamawiający w dniu 17 września 2024 r. działając w trybie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę Matrix do złożenia „Aktualnych na dzień złożenia przedmiotowych środków dowodowych w tym: karty katalogowe oferowanych urządzeń (moduły PV, inwertery, magazyny energii) lub inne dokumenty wystawione przez producenta z których wynikać będzie spełnienie minimalnych warunków opisanych w PFU oraz potwierdzających gwarancję.”

V. Odpowiadając na powyższe wezwanie wykonawca Matrix w piśmie z 21 września 2024r. przekazał zamawiającemu pismo zawierające wykazanie, że zaoferowane w postępowaniu rozwiązania równoważne wskazane w ww. piśmie spełniają minimalne wymogi SWZ.

Izba zważyła:

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że oferta może być złożona wyłącznie w terminie składania ofert i co do zasady nie podlega po tym terminie zmianom. Jak wynika bowiem z art. 219 ust. 1 Pzp, oferta może być złożona tylko do upływu terminu składania ofert. Jednocześnie jak wynika z art. 223 ust. 1 zd. drugie, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z powyższych przepisów wynika zatem, że oferta musi być złożona i skonkretyzowana w terminie składania ofert, a wszelkie uzupełnienia dokumentów czy też składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w jej granicach i mogą służyć wyłącznie wykazaniu prawidłowości jej treści. Zakazane jest natomiast określanie w tej drodze przedmiotu oferty, ponieważ działanie takie stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych określonymi w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp. Podkreślić należy, iż obowiązkiem wykonawcy jest skonkretyzowanie na moment składania ofert w sposób jednoznaczny przedmiotu oferowanego świadczenia w odpowiedzi na wymogi zamawiającego, a doprecyzowanie treści oferty po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne. Innymi słowy, na moment składania ofert wykonawca winien precyzyjnie wskazać zakres swojego zobowiązania, tj. jaki produkt oferuje i nie jest dopuszczalne jego konkretyzowanie czy zmiana po upływie terminu składania ofert, na etapie badania ofert. Przyjęcie poglądu, iż po upływie terminu składania ofert wykonawca uprawniony byłby do uzupełnienia treści oferty o informacje identyfikujące przedmiot oferty godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i mogłoby prowadzić do manipulacji treścią ofert w zależności od okoliczności ujawnionych po otwarciu ofert, dając wykonawcy nieuprawnioną przewagę nad innymi wykonawcami i jednocześnie powodując niepewność zamawiającego co do tego, jaki produkt jest oferowany. Wskazać również należy, iż celem przedmiotowych środków dowodowych jest potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, nie zaś konkretyzacja treści oferty (pod. wyrok KIO 1162/23 oraz KIO 2619/22).

W ocenie Izby z przywołanych wyżej postanowień Rozdziału IV pkt 3 SWZ w sposób wyraźny wynikała konieczność złożenia wraz z ofertą - w sytuacji gdy dany wykonawca proponuje rozwiązania równoważne – zestawienia wszystkich zaproponowanych rozwiązań równoważnych jako przedmiotowy środek dowodowy mający

potwierdzać zgodność oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe spowodowane było koniecznością umożliwienia zamawiającemu ustalenia i identyfikacji treści oferty wykonawcy. Dokument ten, stanowiący wykaz rozwiązań równoważnych, umożliwiał nie tylko zweryfikowanie merytorycznej prawidłowości oferty, ale także konkretyzował jej przedmiot. Inaczej rzecz ujmując, każdy wykonawca obowiązany był określić, jaki produkt oferuje, co stanowi przedmiot jego oferty. Powyższe bowiem pozwalało Zamawiającemu ocenę, czy oferowany przedmiot zamówienia będzie spełniał opisane przez niego w SWZ warunki.

W ocenie Izby powyższej okoliczności nie zmienia fakt, że zamawiający w Rozdziale X pkt 10 SWZ ustalił, że „Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia przedmiotowych środków dowodowych tj.: karty katalogowe oferowanych urządzeń (moduły PV, inwertery, magazyny energii) lub inne dokumenty wystawione przez producenta z których wynikać będzie spełnienie minimalnych warunków opisanych w PFU”. Podkreślić należy, że żądanie złożenia przedmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 107 Pzp na wezwanie zamawiającego nie ma wpływu na konieczność identyfikacji treści oferty już na moment jej złożenia, tj. do upływu terminu składania ofert. Kluczowe znaczenie ma bowiem to, jaki jest charakter informacji zawartych w tych dokumentach, a nie to, jak zostały one sklasyfikowane przez zamawiającego. Zdaniem Izby niewątpliwie żądane przez zamawiającego karty katalogowe oferowanych urządzeń w zakresie w jakim dotyczyły konieczności wykazania równoważności oferowanych rozwiązań z warunkami zamówienia stanowiły treść oferty, a informacje te nie podlegały uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert. Oceny tej nie zmienia okoliczność, iż Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp, bowiem wskazany przepis nie dotyczy informacji tworzących treść oferty. Postanowienia dokumentów zamówienia przewidujące wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy nie zostały one złożone wraz z ofertą należy interpretować z uwzględnieniem zasady niezmienności treści oferty. Zamawiający nie ma podstaw wezwać wykonawcy do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli z treści oferty nie wynika, jaki sprzęt czy produkt wykonawca zaoferował.

W przedmiotowym postępowaniu poza sporem jest okoliczność, że wykonawca Matrix nie skonkretyzował w ofercie jest treści, nie załączył wykazu równorzędności oferowanych rozwiązań do czego był zobowiązany na podstawie Rozdziału IV ust. 3 SWZ. Nie złożył również jakichkolwiek innych dokumentów w postaci np. kart katalogowych oferowanych urządzeń, które umożliwiłyby identyfikację treści oferty. Z powyższego wynika więc, że zamawiający na dzień otwarcia ofert nie miał wiedzy jaka jest treść oferty wykonawcy Matrix. Powyższe informacje zamawiający uzyskał dopiero po wezwaniu wykonawcy w dniu 17 września 2024 r. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, a więc po upływie terminu składania ofert, co jest sytuacją niedopuszczalną na gruncie Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Matrix jako niezgodna z warunkami zamówienia podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba uznała, że wskazanie przez odwołującego jako podstawy zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp było nieprawidłowe, gdyż w ocenie Izby powyższy przepis ma zastosowanie jedynie do dokumentów lub oświadczeń uzupełnianych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Natomiast jak wyżej wskazano zestawienie zaproponowanych rozwiązań równoważnych, czy też przedmiotowe środki dowodowe stanowiące treść oferty nie podlegały uzupełnieniu na wezwanie, musiały być bowiem złożone w terminie składania ofert. Nie mniej jednak sam fakt wskazania przez odwołującego błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty nie oznacza, że nie podniósł zarzutu. Podkreślić bowiem należy, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012r., sygnatura akt XII Ga 92/12). Uwzględniając natomiast treść wskazanych okoliczności faktycznych powołanych w uzasadnieniu odwołania, Izba uznała, że zasadnym było przyjęcie, iż w oczywisty sposób zaskarżona została czynność zaniechania odrzucenia wykonawcy Matrix jako niezgodnej z warunkami zamówienia opisanymi w Rozdziale IV ust. 3 lit. a-f SWZ, który to zarzut jak wyżej wskazano okazał się zasadny.

Izba uznała również za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 SWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Matrix, w sytuacji gdy jak wskazał odwołujący wykonawca Matrix w pozycji nr 2 wykazu rozwiązań równoważnych zaoferował alternatywę poprzez podanie, że oferuje inwerter fotowoltaiczny „HUAWEI SUN2000-17K-MB0 lub HUAWEI SUN2000-20K-MB0”. Zauważyć należy, że jak Izba ustalił zamawiający w Rozdziale IV ust. 1 pkt 5 SWZ wprost zabronił oferowania rozwiązań wariantowych. Wskazanie natomiast w pozycji nr 2 pisma z dnia 21 września 2024r., dwóch alternatywnych urządzeń, powodowało tak naprawdę że oferta w tym zakresie była wariantowa, co powoduje konieczność odrzucenia jej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba odnosząc się do zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty wykonawcy Matrix z warunkami

zamówienia stwierdziła, że brak złożenia zestawienia zaproponowanych rozwiązań równoważnych oraz brak wyjaśnienia równoważności zaoferowanych urządzeń wraz z ofertą spowodował w istocie, że w ofercie nie nastąpiła konkretyzacja jej treści. Wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W konsekwencji z uwagi na fakt, że oferta nie została przez wykonawcę Matrix skonkretyzowana to zamawiający nie mógł w jakikolwiek sposób dokonać jej badania przez pryzmat ustalonych przez siebie warunków zamówienia.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp wskazać należy, że stosownie do przepisu art. 516 ust. 1 pkt 10 Pzp odwołanie musi zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych warunkujących wniesienie odwołania. Podkreślić należy, że na podstawie przywołanego przepisu obowiązkiem każdego odwołującego jest jasne i precyzyjne sformułowanie zarzutu odwołania, tj. wyjaśnienie z jakich okoliczności i dlaczego odwołujący wywodzi, że Izba powinna orzec na jego korzyść. Wyjaśnić więc należy, że odwołujący oprócz wskazania podstawy prawnej zarzutu, tj. przepisu Pzp, który zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie został przez zamawiającego naruszony musi podać wszelkie okoliczności faktyczne świadczące według niego o naruszeniu wskazanym przepisom. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób pełny i konkretny. Brak precyzyjnego wskazania podstawy faktycznej zarzutu uniemożliwia Izbie jego ocenę, a w konsekwencji oznacza nieprawidłowe postawienie zarzutu skutkujące koniecznością jego oddalenia.

Uwzględniając powyższe rozważania wskazać należy, że odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp wskazał, że zamawiający: „przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 223 ust. 1 Pzp które doprowadziły do zmian w ofercie, które nie były pierwotnie uwzględnione. Jest to naruszenie mające istotny wpływ na wynik postępowania. (...) Podobnie w przypadku niewskazania przez wykonawcę terminu płatności czy okresu gwarancji, jeśli zamawiający nie zastrzeże w dokumentach zamówienia, że brak tej informacji będzie skutkował przyjęciem określonej wartości, nie będzie podstaw do wyjaśnienia tej informacji. Skutkowałoby to bowiem wprowadzeniem do oferty nowego elementu zobowiązania, nieznajdującego się w niej pierwotnie. Niedozwolone będą wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie, chyba że możliwe byłoby przyjęcie innego parametru na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie. Ewentualne poprawienie takiej wartości może zostać dokonane na podstawie art. 223 ust. 2 p.z.p. jako inna omyłka, ale tylko przy spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie.”. Izba uznała, że z powyższego zarzutu nie sposób wywieść dlaczego czynność wezwania oparta na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp według odwołującego naruszała dyspozycję ww. przepisu. Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek okoliczności umożliwiających ocenie Izbie postawionego zarzutu. Tak naprawdę to dopiero zamawiający w odpowiedzi na odwołanie skonkretyzował zarzut wskazując na potencjalne okoliczności, które mogłyby zostać zakwestionowane przez odwołującego jak np. powołanie się na rozbieżności wynikające z Formularza oferty i złożonych przedmiotowych środków dowodowych, wątpliwości zamawiającego co do okresu gwarancji tj. czy jest ona udzielona na inwertery w ilości 180 miesięcy (15 lat). Takich okoliczności faktycznych uzasadniających postawiony zarzut zabrakło. Nie jest natomiast rolą Izby domniemanie podstaw faktycznych zarzutu. I o ile jak wyżej wskazano powołanie błędnej podstawy prawnej zarzutu nie stanowi przeszkód w ocenie jego zasadności, tak brak precyzyjnego i jasnego uzasadnienia faktycznego zarzutu uniemożliwia jego ocenę.

Z tego powodu zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp został przez Izbę oddalony.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: