

WYROK
z dnia 21 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o., Caldoris Polska Sp. z o.o., ul. Rakowicka 65, 31-521 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Opole Lubelskie, ul. Lubelska 4, 24-300 Opole Lubelskie,**

przy udziale wykonawcy – **Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., ul. Poselska 30, 42-200 Częstochowa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o., Caldoris Polska Sp. z o.o., ul. Rakowicka 65, 31-521 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o., Caldoris Polska Sp. z o.o., ul. Rakowicka 65, 31-521 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o., Caldoris Polska Sp. z o.o., ul. Rakowicka 65, 31-521 Kraków** na rzecz zamawiającego **Gmina Opole Lubelskie, ul. Lubelska 4, 24-300 Opole Lubelskie**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Opole Lubelskie, ul. Lubelska 4, 24-300 Opole Lubelskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa i montaż zestawów solarnych do podgrzewu wody użytkowej w budynkach mieszkalnych oraz budynku użyteczności publicznej na terenie gminy Opole Lubelskie realizowanej w ramach projektu „Słoneczny dom w gminie Opole Lubelskie - instalacja płaskich kolektorów słonecznych”.*

Dnia 29 czerwca 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 9 lipca 2015 roku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Energia Polska Inwestycje Sp. z o.o., Caldoris Polska Sp. z o.o., ul. Rakowicka 65, 31-521 Kraków (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści s.i.w.z.,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
3. art. 29 ust 3 i art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie iż, zaoferowany przez odwołującego się kolektor nie stanowi rozwiązań równoważnych w stosunku do kolektora opisanego w s.i.w.z.,
4. z ostrożności procesowej art. 29 ust 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, utrudniający uczciwą konkurencję,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w związku ze wskazanymi wyżej naruszeniami, przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 2) dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) ewentualnie dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez dodanie do pkt 13 tabeli nr 1: Dane techniczne kolektora słonecznego płaskiego, słów „pojedyncza harfa”.

Dodatkowo odwołujący wniósł o:

- 5) w przypadku powzięcia przez Izbę wątpliwości czy zaoferowany przez odwołującego kolektor stanowi produkt równoważny w stosunku do kolektora opisanego w s.i.w.z.,

przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego na wyżej wymienioną okoliczność.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał nieuzasadnionej czynności odrzucenia oferty odwołującego, jako oferty niezgodnej z s.i.w.z. na mocy art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle interpretacji przepisów ustawy Pzp, a co za tym idzie jest zgodna z s.i.w.z. i nie podlega odrzuceniu. W konsekwencji działań zamawiającego istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego tj. utraty zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, aby uzyskać zamówienie. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż w pierwszym rzędzie należy odnieść się do twierdzenia zamawiającego, iż „SIWZ zawiera bardzo dokładny i czytelny opis przedmiotu zamówienia”, z którego treści jednoznacznie wynika, iż zamawiający nie dopuszcza kolektorów o budowie pojedynczej harfy. Z treści odpowiedzi ad.1 do zapytania nr 3 do SIWZ z dnia 26.02.2015 r., w żaden sposób nie wynika, że kolektor słoneczny winien mieć wyłącznie konstrukcję podwójnej harfy lub meandra. Dokonując przedmiotowej odpowiedzi, zamawiający wyraźnie stwierdził, że „uzna za równoważny każdy kolektor słoneczny spełniający wymagania jakościowe, potwierdzone certyfikatem „Solar Keymark” (lub równoważny) oraz dla którego wykonawca wykaże, że osiągnięty efekt energetyczny i ekologiczny będzie nie gorszy niż podany w symulacjach solarnych w opisie technicznym. Minimalnym warunkiem jaki wyznacza Zamawiający jest spełnienie następujących wymagań”.

Opis wymagań	Parametry wymagane
Konstrukcja kolektora,	Meander, podwójna harfa

Dodatkowo w ad 2 zamawiający wskazał, że układ orurowania absorbera może być wykonany w formie szeregowo- równoległej, tzn. harfowej lub meandrycznej, każdorazowo z dwoma lub czterema króćcami przyłączeniowymi. Zdaniem odwołującego z treści s.i.w.z. wprost wynika, że konstrukcja kolektora w postaci meandra lub podwójnej harfy jest warunkiem minimalnym, a nie wyłącznym. Wykładnia językowa treści s.i.w.z. wprost zatem wskazuje, iż zamawiający określa warunki minimalne w zakresie budowy kolektora, dopuszczając jednocześnie kolektory o wyższych parametrach (lepszym rozwiązaniu konstrukcyjnym) niż wymagane, minimalne parametry. A takie właśnie, a więc wyższe niż minimalne parametry spełniają kolektory o budowie pojedynczej harfy, a więc zaoferowane przez odwołującego. Dodatkowo, tezę o dopuszczeniu przez zamawiającego kolektorów o budowie pojedynczej harfy, potwierdza treść s.i.w.z. ad 2 odpowiedzi, gdzie zamawiający wskazał, że układ orurowania absorbera może być wykonany w formie szeregowo- równoległej, tzn. harfowej lub meandrycznej, każdorazowo z dwoma lub czterema króćcami przyłączeniowymi. Do układu orurowania, zamawiający zatem nie dokonał rozróżnienia pomiędzy harfą pojedynczą i podwójną dopuszczając zarówno pojedynczy jak i podwójny układ konstrukcji absorbera. Skoro zatem zamawiający twierdził, iż „SIWZ zawiera bardzo dokładny i czytelny opis przedmiotu zamówienia”, a przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”, to wyraźnie z treści s.i.w.z. wynika, że zamawiający dopuścił kolektory o budowie pojedynczej harfy.

Zamawiający wskazując, iż „Uzna za równoważny każdy kolektor słoneczny dla którego Wykonawca wykaże, że osiągnięty efekt energetyczny i ekologiczny będzie nie gorszy niż podany w symulacjach solarnych w opisie technicznym oraz wskazując minimalne warunki w zakresie konstrukcji kolektora” dokonał funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia dopuszczając jednocześnie wszelkie kolektory spełniające ww. efekty wymagane przez zamawiającego. Tezę potwierdza również fakt, iż na rynku funkcjonują wyłącznie kolektory o budowie meandra oraz harfy (pojedynczej lub podwójnej) oraz to, że w ad 2 odpowiedzi zamawiający wskazał, że układ orurowania absorbera może być wykonany w formie szeregowo- równoległej, tzn. harfowej lub meandrycznej, każdorazowo z dwoma lub czterema króćcami przyłączeniowymi. O dopuszczeniu kolektorów oferowanych przez odwołującego świadczy również następujący wyciąg z treści opisu przedmiotu zamówienia:

- w załączniku nr 8 po zmianach, Tabela nr 1 na str. 5, wiersz 3 zamawiający wskazał, że wymaga "układu szeregowo- równoległego kolektora słonecznego",
- w załączniku nr 8 po zmianach, Tabela nr 2 na str. 6-7 wskazał, na: "Dobór płaskich kolektorów meandrowych",

- we wniosku o wyjaśnienie treści złożonej oferty zamawiający posługiwał się pojęciami niewystępującymi w opisie przedmiotu zamówienia, a mianowicie: „Kolektor o układzie rur”, „kolektory o budowie” jak również "budowa kolektora",
- w poprawionym załączniku 9, zawierającym opisy technicznych zestawów solarnych, w pkt 2. Zestawienie elementów instalacji solarnej wskazano „kolektor słoneczny płaski”. Te same dane zawiera poprawiona symulacja solarna.

Takie określenie przedmiotu zamówienia z pewnością mogło wskazywać, że zamawiający dopuścił kolektory o budowie pojedynczej harfy. Odwołujący składając wyjaśnienia, dokonał wykładni opisu przedmiotu zamówienia i z treści opisu przedmiotu zamówienia wywnioskował, iż złożenie oferty zawierającej kolektor o budowie pojedynczej harfy jest jak najbardziej prawidłowe i dopuszczalne. Tym bardziej, iż w technicznym rozumieniu pojęcie "układu szeregowo-równoległego orurowania absorbera" odnosi się do układu harfy podwójnej, posiadającej dwa króćce przyłączeniowe i pojedynczej harfy z czterema króćcami, a nie odnosi się na przykład do układu meandrycznego, zarówno z dwoma jak i z czterema króćcami przyłączeniowymi.

Podanie przez zamawiającego, że pod tym pojęciem rozumie on także układ meandryczny z dwoma lub czterema króćcami przyłączeniowymi wskazuje na jego zgoła odmienną interpretację, co w konsekwencji spowodowało, że wykonawca miał prawo rozumieć, iż zamawiający dopuszcza również konstrukcję kolektora o pojedynczej harfie.

Tezę o dopuszczeniu kolektorów o budowie pojedynczej harfy potwierdza również stwierdzenie zamawiającego, iż „uzna za równoważny każdy kolektor słoneczny spełniający wymagania jakościowe, potwierdzone certyfikatem „Solar Keymark” (lub równoważny) oraz dla którego wykonawca wykaże, że osiągnięty efekt energetyczny i ekologiczny będzie nie gorszy niż podany w symulacjach solarnych w opisie technicznym. Stwierdzenie „nie gorszy” wyraźnie wskazuje, iż zamawiający dopuści każdy kolektor, który osiągnie taki sam lub lepszy efekt energetyczny i ekologiczny niż kolektor podany w symulacjach solarnych w opisie technicznym.

Dodatkowo zamawiający w pkt. 1.2. załącznika nr 8 do s.i.w.z. stanowiącego opis przedmiotu zamówienia żądał: "Stopień pokrycia energii w skali roku dla poszczególnych pakietów solarnych zgodnie z symulacją energetyczną wykonana w programie GetSolar nie może być niższy niż odpowiednio: (...) przy założeniach: (...)", co należało udowodnić symulacjami komputerowymi przed przystąpieniem do realizacji przedmiotu zamówienia.

Reasumując odwołujący stwierdził, że złożył ofertę, której treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że oferta odwołującego jest „nadto niezgodna z wymaganiami w kwestii minimalnej grubości izolacji kolektora słonecznego”, odwołujący podkreślił, że zarzut ten po raz pierwszy pojawił się

dopiero w treści uzasadnienia odrzucenia, zatem w ogóle nie powinien być przez izbę rozpatrywany.

W przypadku wątpliwości zamawiającego co do minimalnej grubości izolacji kolektora słonecznego winien on przed odrzuceniem oferty skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tym bardziej, że zaofferowany przez odwołującego kolektor, posiada izolację 40 mm na całej powierzchni dna obudowy oraz dodatkowo 20 mm na powierzchni boków.

Wątpliwości odwołującego budzi również sposób pozyskania dokumentu, na który zamawiający powołuje się w uzasadnieniu odrzucenia oferty, a mianowicie pełnego raportu z badania nr 30.2047.0.6-1 Aneks 6R z dnia 18.09.2013 r. Przedmiotowy raport objęty jest w całości tajemnicą przedsiębiorstwa, nie funkcjonuje w obrocie, nie został również dołączony do ofert, ani w żaden inny sposób udostępniony zamawiającemu. Jediną informację o grubości izolacji zawierała dołączoną do oferty kartą katalogową produktu, która określała grubość izolacji cieplnej dna obudowy (40 mm). Taka rozbieżność winna zatem wzbudzić wątpliwości zamawiającego w zakresie grubości izolacji, co w konsekwencji zobowiązywało zamawiającego do skorzystania z dyspozycji art. 87 ust 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, z głębokiej ostrożności procesowej, odwołujący wskazuje, iż nawet gdyby przyjąć, że zamawiający nie był obowiązany do stosowania w tym zakresie art. 87 ust 1 ustawy Pzp to i tak z argumentem zamawiającego, iż oferta odwołującego jest niezgodna z wymaganiami w kwestii minimalnej grubości izolacji kolektora słonecznego nie sposób się zgodzić.

Wymóg dotyczący grubości izolacji, w sposób jaki został opisany w s.i.w.z., może dotyczyć wyłącznie płyty izolacyjnej pod absorberem nie zaś izolacji bocznej.

Stosowanie izolacji bocznej o grubości większej niż 20 mm jest w praktyce niespotykane, ponieważ powodowałyby nadmierne zwiększanie powierzchni brutto kolektora bez znaczącego wpływu na obniżenie współczynników strat cieplnych. Wskazać również należy, że wymaganej izolacji bocznej z wełny mineralnej o minimalnej grubości 30 mm nie posiadają także inne kolektory słoneczne, będące przedmiotem nieodrzuconych ofert. Co więcej, nieodrzucone w ofertach kolektory słoneczne, nie posiadają żadnej izolacji bocznej a wyłącznie płytę izolacyjną z wełny mineralnej pod absorberem. Stawianie wymogu rodzaju materiału izolacyjnego i jego minimalnej grubości izolacji, nie ma sensu jeżeli zamawiający wyznaczył maksymalne współczynniki strat cieplnych kolektora, potwierdzonych badaniami związanymi z uzyskaniem certyfikatu Solar Keymak. Interpretacja zamawiającego stanowiąca, że izolacja boczna z wełny mineralnej ma mieć minimalną grubość 30 mm pojawiła się wyłącznie w celu odrzucenia konkretnej oferty. Można domniemywać, że wprowadzony do s.i.w.z. zapis służył wyłącznie ograniczaniu konkurencji i tworzenia preferencji dla określonego dostawcy.

Z głębokiej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Izbę, że treść s.i.w.z. wykluczała z oferty kolektory o budowie pojedynczej harfy, odwołujący wskazał, że w takim przypadku zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem ustawy Pzp.

Wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia parametrów dotyczących budowy kolektora, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, bez wątplenia ograniczyło konkurencję. Zgodnie zaś z naczelną zasadą zamówień publicznych określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Co równie istotne, zgodnie z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przygotowując postępowanie zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz zobowiązany jest do dopuszczenia równoważności oferowanych produktów. Mając na względzie powyższe należy wskazać, iż w szczególności opis przedmiotu zamówienia przewidujący zastosowanie wyłącznie produktów opierających się na konstrukcji meandru poziomego, oraz harfy podwójnej i brak możliwości zastosowania jakichkolwiek rozwiązań równoważnych do wyżej wymienionych (np. układu opierającego się na harfie pojedynczej), w istocie może powodować ograniczenie konkurencji wyłącznie do kilku wykonawców, w warunkach braku występowania uczciwej konkurencji ze strony innych uczestników obrotu, co wprost stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bezspornym oczywiście w sprawie jest, że to zamawiający pozostaje gospodarzem postępowania i opisuje przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich potrzeb, niemniej jednak należy zauważyć, iż swoboda precyzowania wymagań zamawiającego doznaje ograniczeń, w ten sposób, iż muszą mieć one uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji, a dokonany opis nie może naruszać konkurencji ani równego traktowania wykonawców.

Zamawiający dnia 17 lipca 2015 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera bardzo dokładny opis przedmiotu zamówienia. Dane techniczne kolektora słonecznego płaskiego, których nie spełnienie było podstawą odrzucenia oferty odwołującego, określał zaś. Nr 8 i 9 do s.i.w.z. Zostały one potwierdzone i uzupełnione w piśmie zamawiającego z dnia 20 marca 2015 r., stanowiącym odpowiedź na pytanie jednego z wykonawców. W odpowiedzi na zapytanie nr 2 zamawiający sprecyzował parametry techniczne dotyczące wymaganej budowy kolektom, podając tabelę danych technicznych kolektora płaskiego. Z tabeli wyraźnie wynika, że kolektor słoneczny winien posiadać konstrukcję podwójnej harfy lub meandra. Jednocześnie w tym samym piśmie zamawiający udzielił konsekwentnie odpowiedzi w punkcie 2, że układ orurowania absorbera może być wykonany w formie

szeregowo-równoległej, tzn. harfowej lub meandrycznej, każdorazowo z dworna lub czterema króćcami przyłączeniowymi (określenie dopuszczalnej ilości króćców w liczbie cztery wynikało z tego, że na rynku dostępne są kolektory o budowie meandrycznej z taką właśnie liczbą przyłączy).

Zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący załączył do oferty dokumenty w postaci karty katalogowej oferowanego kolektora słonecznego, raport z badań oraz certyfikat SolarKeymark. Z załączonych dokumentów wynikało, że oferowane przez odwołującego rozwiązanie nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień mających na celu ustalenie czy wykonawca w swojej ofercie zaoferował dostawę i montaż zestawów solarnych z kolektorami spełniającymi wymogi zawarte w s.i.w.z., czy wykonawca jedynie omyłkowo załączył do oferty dokumenty w postaci karty katalogowej kolektora, certyfikatu Solar Keymark, raportu podsumowującego z badań, z których wynika, że zaoferował kolektory nie spełniające wymogów s.i.w.z. Zamawiający jednocześnie wezwał o jednoznaczne określenie jakie kolektory zostały przez wykonawcę zaoferowane na etapie składania ofert. W tym celu należało podać producenta, typ kolektora.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca w uzupełnieniu oferty i na potwierdzenie złożonych wyjaśnień załączył dokumenty, które ponownie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym załączył ujawnione w niniejszym odwołaniu oświadczenie producenta oferowanych kolektorów potwierdzające, że są to kolektory o budowie pojedynczej harfy a nie jak wymaga s.i.w.z. o budowie meandrycznej lub podwójnej harfy. W konsekwencji udzielonych przez odwołującego wyjaśnień zamawiający, po konsultacji z powołanym biegłym, ustalił, że oferta odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z. i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę. W ocenie zamawiającego wymóg dostawy kolektora słonecznego o układzie rur w formie podwójnej harfy lub równoważnie meandrycznej został sformułowany jasno i precyzyjnie a zapisy opisu przedmiotu zamówienia są ze sobą spójne.

Oferowany przez odwołującego kolektor nie stanowi rozwiązań równoważnych w stosunku do kolektora opisanego w s.i.w.z. Zamawiający uzyskał dofinansowanie na dostawę i montaż kolektorów o budowie podwójnej harfy lub budowie meandrycznej, ponieważ takie kolektory zapewniają osiągnięcie założonego efektu projektu. Kolektor oferowany przez odwołującego nie spełnia wymagań w zakresie konstrukcji oraz innych parametrów określonych w dokumentacji przetargowej. Potwierdza powyższe opinia techniczna opracowana przez mgr inż. A. G., którą zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie i wniósł o dopuszczenie w charakterze dowodu na okoliczność,

że kolektory o budowie pojedynczej harfy nie są równoważne kolektorom o budowie meandrycznej lub podwójnej harfy.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia został dokonany za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń technicznych, z podaniem wymagań funkcjonalnych, jakościowych i wymaganych minimalnych parametrów technicznych nabywanych urządzeń. Opis ten jest bardzo obszerny, jasny i wyczerpujący, a został dokonany przez firmę wyłonioną w przetargu oraz w zakresie zmian, modyfikacji s.i.w.z. przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania i wykonawstwa w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Zapis o równoważności nie oznaczał, jak sugeruje odwołujący, że wykonawca ma za zadanie wyłącznie spełnić efekt ekologiczny i cieplny podany przez zamawiającego w symulacjach solarnych, ale oznacza łączne spełnienie warunków efektywności oraz wymagań jakościowych i technicznych, określonych przez zamawiającego, jako minimalne. Wymagania te zostały sprecyzowano jasno w tabeli. Tym samym odwołujący winien wykazać, że oferowany przez niego kolektor spełnia założony przez zamawiającego efekt cieplny i ekologiczny oraz spełnia minimalne parametry techniczne zawarte w tabeli opisu przedmiotu zamówienia w zakresie kolektora. Określając równoważność zamawiający określił wymóg spełnienia minimalnych parametrów technicznych w odniesieniu do: powierzchni czynnej absorbera, sprawności optycznej, współczynnika utraty ciepła, apertury, temperatury stagnacji i innych. W przypadku wymagań dotyczących konstrukcji kolektora zamawiający określił precyzyjnie: meander, podwójna harfa stawiając te typy konstrukcji jako z jednej strony dopuszczone w zamówieniu, a z drugiej jako równoważne. Odpowiedź zamawiającego odnosząca się do układu orurowania absorbera „Układ orurowania absorbera może być wykonany w formie szeregowo-równoległej, tzn. harfowej lub meandrycznej, każdorazowo z dwoma lub czterema króćcami przyłączeniowymi” nie oznacza automatycznego dopuszczenia kolektora z pojedynczą harfą, ponieważ kolektor wymagany przez zamawiającego tj. z podwójną harfą/meander charakteryzuje się układem harfowym lub meandrycznym. Natomiast liczba króćców również nie sugeruje dopuszczenia budowy pojedynczej harfy, a wynika tylko i wyłącznie z obecności na rynku kolektorów meandrycznych o liczbie króćców dwa lub cztery. W ocenie zamawiającego, oferta odwołującego wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie konstrukcji kolektora nie spełnia. Nadto jest niezgodna z wymaganiami w kwestii minimalnej grubości izolacji kolektora słonecznego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał, aby kolektor słoneczny posiadał minimalną grubość izolacji 30 mm (minimalny wymóg wprowadzony do opisu przedmiotu zamówienia w związku z odpowiedzią na zapytanie nr 3 do SIWZ z dnia 20.03.2013 r.. Wymóg ten został zapisany w tabeli parametrów technicznych w punkcie 3 „materiał izolacyjny wełna mineralna

— min. 30 mm). Z dokumentów dostępnych zamawiającemu w postaci pełnego raportu z badania nr 30.2047.0-6-1 Aneks 6R z dnia 18.09.2013 r. pkt. 2.3 (str. 4) wynika, że kolektor słoneczny oferowany przez odwołującego posiada grubość izolacji z wełny mineralnej; tylna 40 mm, boczna 20 mm, co w elekcie przekłada się na osiągnięte efekty ekologiczne i energetyczne.

Dnia 13 lipca 2015 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., ul. Poselska 30, 42-200 Częstochowa (dalej „przystępujący”).

Dnia 21 lipca 2015 roku, odwołujący złożył pismo procesowe – replikę odwołującego na odpowiedź na odwołanie zamawiającego.

Dnia 21 lipca 2015 roku, przystępujący złożył pismo procesowe.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie odvodu z opinii biegłego - z uwagi na wadliwość sporządzonego wniosku, tj. brak określenia, z jakiej dziedziny miałby być powołany biegły, a ponadto dowód wnioskowany został powołany jedynie dla zwłoki postępowania oraz postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, stwierdzając, że fakty - będące przedmiotem wnioskowanego dowodu - zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła pozostałe dowody zgłoszone przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego, jak i dowody z dokumentacji postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W dniu 20 marca 2015 roku, zamawiający pismem udzielił odpowiedzi na zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. w zakresie parametrów technicznych kolektorów i izolacji, stwierdzając jednoznacznie, iż „uzna za równoważny każdy kolektor słoneczny spełniający wymagania jakościowe, potwierdzone certyfikatem „Solar Keymark” (lub równoważny) oraz dla którego wykonawca wykaże, że osiągnięty efekt energetyczny i ekologiczny będzie nie gorszy niż podany w symulacjach solarnych w opisie technicznym. Minimalnym warunkiem jaki wyznacza zamawiający jest spełnienie następujących wymagań”. W zmienionym załączniku nr 8 s.i.w.z., w punkcie 1.2. Opis wymagań

zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zamieścił zmodyfikowaną względem pierwotnej tabelę nr 1, w której wskazał m.in. parametry dotyczące orurowania absorbera oraz izolacji:

Tabela nr 2: Dane techniczne kolektora słonecznego płaskiego

l.p.	Opis wymagań	Parametry wymagane
3	Układ hydrauliczny szeregowo-równoległy kolektora słonecznego	miedziany
8	- materiał izolacyjny - wełna mineralna	min. 30 mm
13	Konstrukcja kolektora	meander, podwójna harfa

Ponadto w odpowiedzi na zapytanie nr 3, pkt. Ad. 2 zamawiający podał, że: „Układ orurowania absorbera może być wykonany w formie szeregowo-równoległej, tzn. harfowej lub meandrycznej, każdorazowo z dwoma lub czterema króćcami przyłączeniowymi.”

W dniu 27 kwietnia 2015 roku, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, w zakresie parametrów technicznych oferowanych kolektorów płaskich.

W dniu 7 maja 2015 roku, odwołujący udzielił pismem wyjaśnień w zakresie oferowanych kolektorów.

Dnia 29 maja 2015 roku zamawiający przesłał pismo, w którym to piśmie nie uznał wyjaśnień odwołującego i w konsekwencji dokonał odrzucenia oferty, jako niezgodnej z s.i.w.z. Następnie pismem z dnia 3 czerwca 2015 roku, zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty i o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert. Ze względu na niejasną treść pisma i wątpliwości czy zawiadomienie o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty i o przystąpieniu do ponownego badania i oceny ofert jest jednoznaczne z unieważnieniem czynności odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Pismem z dnia 8 czerwca 2015 roku, zamawiający potwierdził, iż ponownym badaniem i oceną objęte będą wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, w tym również oferty odrzucone. W związku z powyższym odwołujący cofnął odwołanie.

Dnia 29 czerwca 2015 roku, na stronie internetowej zamawiającego pojawiło się zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, z którego treści wynikało, iż oferta odwołującego została ponownie odrzucona. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający podniósł, iż oferowane przez odwołującego kolektory nie spełniają parametrów wymaganych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie budowy kolektora.

Zdaniem zamawiającego, oferowany kolektor nie spełnia również wymaganej grubości izolacji z wełny mineralnej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego podał dwie podstawy, na których stwierdził, że oferta odwołującego nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pierwszy element dotyczył zaoferowania kolektora, jego konstrukcji niezgodnej z s.i.w.z. gdyż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał konstrukcję kolektora – jako parametry wymagane (a nie jak podnosił odwołujący – minimalne) meander, podwójna harfa. Zdaniem Izby rację ma odwołujący, zamawiający i przystępujący, którzy zgodnie twierdzą, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy odczytywać łącznie z treścią udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania oraz wprowadzonymi przez zamawiającego zmianami do s.i.w.z. Osią sporu jest jednakże sposób interpretacji postanowień ww. dokumentów. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu prawidłowej oceny dokonał i wyprowadził z tej oceny prawidłowe wnioski zamawiający. Wskazać bowiem należy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jasno precyzowała jakiego typu rodzaj konstrukcji wymaga zamawiający. Albowiem poza różnymi innymi wymaganiami zamawiający precyzyjnie wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż zestawów solarnych, w których konstrukcja kolektora ma mieć budowę typu meander lub podwójna harfa (tabela nr 2, pkt 13). Nie ma zatem racji odwołujący, który twierdzi że wskazana konstrukcja stanowi wymóg minimalny, gdyż z treści tabeli taka okoliczność nie wynika. Zamawiający wyraźnie bowiem podał, że są to parametry wymagane, a nie minimalne. Nadto wskazać należy, iż w zakresie tych dwóch rodzajów konstrukcji zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, co oznacza, że odwołujący chcąc złożyć prawidłową ofertę winien zaoferować konstrukcję kolektora typu meander lub równoważnie konstrukcję kolektora typu podwójna harfa. Innej opcji zamawiający nie przewidział. Oceniając działanie zamawiającego w tym zakresie podnieść należy, że jest ono prawidłowe. Tzn. z jednej strony zamawiający gwarantuje sobie dostawę przedmiotu zgodnego z jego oczekiwaniami, a po drugie zachowując zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zapewnił dwuvariantowość rozwiązania poprzez wskazanie rozwiązań równoważnych. Nie jest bowiem zadaniem zamawiającego dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylu wykonawców ilu jest obecnych na danym rynku, ale zapewnienie (dwa różne rozwiązania to gwarantują) zachowania konkurencyjności z jednoczesnym zapewnieniem interesu zamawiającego, co do konkretnych rozwiązań.

Odnośnie drugiego z zarzutów, to Izba wskazuje, że zamawiający zmieniając wymagania, co do grubości izolacji z wełny mineralnej określił jej grubość na minimum 30 mm. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dookreślił tego wymagania poprzez wskazanie, czy dotyczy ono tylko tylnej ściany kolektora czy również bocznych ścian kolektora. W ocenie Izby parametr ten został prawidłowo opisany, gdyż na dedykowanym rynku istnieją różne rozwiązania kolektorów, w których producenci stosują różne grubości izolacji, jak też stosują je w różnych odmiennych miejscach kolektora (tył, boki kolektora). Zdaniem Izby zamawiający w s.i.w.z. podał parametr minimalny, który znajduje swoje odzwierciedlenie w ocenie złożonych ofert, jednakże z uwzględnieniem odmierności oferowanych rozwiązań konstrukcyjnych, tzn. jeżeli dany producent nie stosuje izolacji na bokach kolektorów to nie sposób wymagać od niego spełnienia tego parametru. Jednakże jeżeli wersja konstrukcyjna zakłada takie rozwiązanie, to musi ona spełniać wymóg w pełnym wymaganych przez zamawiającego zakresie. Powyższe oznacza, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, który w swojej konstrukcji kolektora zawiera rozwiązanie izolacji tylnej 40 mm, bocznej 20 mm, co w przypadku bocznej nie spełnia wymagania zamawiającego.

Jedynie na marginesie Izba podaje, po zapoznaniu się z treścią oferty przystępującego w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa, że wymóg powyższy oferta spełniła.

Odnośnie zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że są one spóźnione, dlatego też Izba pozostawiła je bez rozpoznania

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: