

Sygn. akt: KIO 1792/17

WYROK
z dnia 15 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ulan-Majorat

przy udziale wykonawcy FlexiPower Group sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Woli Żaradzyńskiej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1792/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego: Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Gminy Ulan-Majorat kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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 Ulan-Majorat, Ulan-Majorat 57, 21-307 Ulan-Majorat wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i montaż instalacji solarnych oraz kotłów na biomasę w Gminie Ulan-Majorat, która jest realizowana w ramach projektu „Energia odnawialna w Gminie Ulan-Majorat - montaż instalacji solarnych i kotłów na biomasę”, znak sprawy RKS.271.4.2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 maja 2017 r. nr 2017/S 094/183459.

W dniu 17 sierpnia 2017 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty FlexiPower Group sp. z o.o. s.k., jako oferty najkorzystniejszej w części I przedmiotowego zamówienia i w tej dacie Odwołujący: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa powziął wiadomość o powyższych okolicznościach.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 28 sierpnia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostałych w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Radzyńska, zwanej dalej FlexiPower Group, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ w zakresie zaoferowanego w części I zamówienia kolektora THERMOSOLAR TS500 w związku z postawionym przez Zamawiającego wymogiem w zakresie parametru - rodzaj powłoki absorbera: Bluetec Eta+ lub równoważny, którego nie spełnia zaoferowany kolektor THERMOSOLAR TS500;

oraz w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez poinformowanie o dokonaniu wyboru FlexiPower Group, jako oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty ww. wykonawcy i dokonać wyboru oferty Odwołującego;

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawcy FlexiPower Group, który na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w związku z przedstawianymi przez FlexiPower Group w ramach złożonej oferty kart dla termalnego kolektora słonecznego TS 500, które w wersji (w tłumaczeniu) przedstawionej przez tego wykonawcę zawierają wskazanie o pokryciu warstwą wysokoselektywną równoważną do Bluetec Eta+ pomimo, że oryginał dokumentu nie wskazuje takiej treści i właściwości, a ponadto w związku z tym, że FlexiPower Group pomija drugi występujący w ofercie THERMOSOLAR dla innego produktu (niezaoferowanego przez tego wykonawcę) rodzaj wysokoselektywnej powłoki absorbera i parametr emisji charakterystyczny i odpowiedni dla oceny wymaganej przez Zamawiającego równoważności, co powinno jednocześnie budzić wątpliwości co do wiarygodności przedstawionego dokumentu dla kolektora słonecznego TS 500, a jednocześnie może wskazywać na naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego wyjaśnień tego dokumentu oraz w związku z zaniechaniem zastosowania § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwanego dalej rozporządzeniem o dokumentach, który uprawnia Zamawiającego do żądania przedstawienia oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii, gdy kopia dokumentu budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości;

3. naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia następujących dokumentów w zakresie zawierającym informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.: karta techniczna zaoferowanego przez FlexiPower Group kolektora, wyjaśnienia producenta, wyjaśnienia wykonawcy zawierającego dane objęte kartą zaoferowanego kolektora, certyfikaty, aneksy do certyfikatów oraz skrócony raport z badań mających wpływ na dodatkową możliwość oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ, co równocześnie stanowi przejaw utrudniania uczciwej konkurencji.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty - FlexiPower Group, jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;

3.nakazanie Zamawiającemu wykluczenie FlexiPower Group lub odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

I. Zaniechanie odrzucenia oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., pomimo że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanego w części I zamówienia kolektor THERMOSOLAR TS500.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, w szczególności w świetle treści załącznika nr 1a OPZ, zarówno projekt budowlano-wykonawczy, przedmiary oraz STWiOR w pkt 2.1 wskazywały na konieczność odpowiedniego spełnienia minimalnych parametrów technicznych udokumentowanych certyfikatem, w tym m.in. dla rodzaju powłoki absorbera określonej jako Bluetec Eta+ lub równoważna.

Zauważył, że firma FlexiPower Group zaoferowała kolektor THERMOSOLAR TS500, którego powłoka nie jest równoważna do BlueTec Eta + ponieważ ma zbyt wysoki współczynnik emisji wynoszący 13%, (co wynika z załączonej do oferty karty oraz z dokumentów powszechnie dostępnych dla tego produktu), natomiast warunkująca spełnienie wymogu i wymagana przez Zamawiającego powłoka BlueTec Eta+ ma współczynnik emisji wynoszący około 5%.

Zdaniem Odwołującego rodzaj powłoki absorbera, który został zaoferowany przez FlexiPower Group nie spełnia wymagań równoważności w zakresie tego parametru.

Wyjaśnił przy tym, że z powszechnie dostępnych dokumentów i stosowanych na rynku kolektorów rozwiązań jednoznacznie wynika, że dostępne są dwa rodzaje powłok absorbera: powłoki absorbera o emisji 15 - 16% +/- 2 oraz powłoki absorbera o emisji 5 +/- 2.

Argumentował, że parametr charakterystyczny dla powłoki BlueTec Eta+ ma współczynnik emisji wynoszący 5% +/- 2, a tym samym oferowany przez każdego wykonawcę produkt, aby mógł być uznany za równoważny powinien posiadać powłokę, której współczynnik zapewniałby osiągnięcie takiego parametru, a tym samym poziomu emisji. W przypadku produktu FlexiPower Group tak nie jest.

Wskazał, że zaoferowany kolektor THERMOSOLAR TS500, posiada powłokę, która nie jest równoważna do BlueTec Eta + ponieważ ma zbyt wysoki współczynnik emisji wynoszący 13%, co Odwołujący zapowiedział, że szczegółowo wykaże na rozprawie przedkładając stosowne dowody.

Co istotne, podniósł, że Zamawiający nie może w ramach oceny ofert pomijać postawionych pierwotnie wymagań SIWZ, w tym wymagań dla powłoki absorbera odpowiadającego powłoce BlueTec Eta+, a tym samym do niej równoważnej.

W ocenie Odwołującego - określenie oczekiwanej przez Zamawiającego jakości, a tym samym poziomu parametru jakim jest współczynnik emisji powłoki absorbera, nie może być na obecnym etapie pomijane i w przypadku gdy wymagana jakość nie jest spełniona, świadczy to o niezgodności oferty w stosunku do wymagań Zamawiającego.

W świetle powyższego, wobec niespełnienia (brak równoważności) przez oferowany produkt wymagań w zakresie współczynnika emisji powłoki absorbera charakterystycznego dla wskazanego przez Zamawiającego rozwiązania Bluetec Eta+, zaistniała konieczność odrzucenia oferty FlexiPower Group na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

II. Zaniechanie wykluczenia FlexiPower Group z uwagi na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, na skutek wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co jednocześnie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w związku z przedstawianymi przez FlexiPower Group w ramach złożonej oferty kart dla termalnego kolektora słonecznego TS 500, które w tłumaczeniu tego wykonawcy zawierają wskazanie i potwierdzają pokrycie warstwą wysokoselektywną równoważną do Bluetec Eta+, Zamawiający mógł być wprowadzony w błąd co do oceny równoważności zaoferowanego przez FlexiPower Group produktu.

Wskazał, że na uwagę zasługuje, że oryginał dokumentu karty, której wersję polską (tłumaczoną) wskazuje w ofercie FlexiPower Group nie wskazuje takiej właściwości.

Ponadto w związku z tym, że FlexiPower Group pomija w przedstawionej karcie drugi występujący kolektor w ofercie THERMOSOLAR dla innego produktu (niezaoferowanego przez tego wykonawcę) i rodzaj selektywnej powłoki absorbera oraz parametr emisji charakterystyczny i odpowiedni dla oceny wymaganej przez Zamawiającego równoważności, w ocenie Odwołującego, taki stan faktyczny z pewnością musi budzić wątpliwości co do wiarygodności przedstawionego dokumentu dla kolektora słonecznego TS 500, a jednocześnie może wskazywać na naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego wyjaśnień tego dokumentu oraz w związku z

zaniechaniem zastosowania § 15 rozporządzenia o dokumentach, który uprawnia Zamawiającego do żądania przedstawienia oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii, gdy kopia dokumentu budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości.

Według Odwołującego przedstawiony przez FlexiPower Group dokument może wprowadzać w błąd co do spełnienia równoważności względem wymaganych parametrów powłoki absorbera charakterystycznego dla Bluetec Eta+, tym bardziej, że producent THERMOSOLAR dysponuje również innym produktem, który mógłby być uznany za równoważny, ale którego nie zaoferowało FlexiPower Group.

Powyższe może być, o tyle istotne, że również z dostępnych dla Odwołującego jawnych dokumentów wynika, że zaoferowany przez FlexiPower Group kolektor słoneczny TS 500 posiada wymagany certyfikat SOLAR KEYMARK, przy czym inny kolektor słoneczny tego producenta oznaczony TS 500H, o ile spełniałby wymóg równoważności, to jednak nie posiada wymaganego certyfikatu SOLAR KEYMARK.

Powyższe, w opinii Odwołującego - może dodatkowo tłumaczyć próbę wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez FlexiPower Group.

Odwołujący stwierdził, że niezależnie od pobudek FlexiPower Group, które legły u podstaw wskazywanych dokumentów w ofercie i wyjaśnieniach, aktualne pozostaje stanowisko, zgodnie z którym złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później, konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy.

Zapowiedział, że w tym względzie Odwołujący w toku rozprawy przedstawi dokumenty, które potwierdzą niezgodność przedstawionego stanu rzeczy w ofercie Flexi Power Group z istniejącym stanem rzeczywistym ujawnionym na dokumentach posiadanych przez Odwołującego.

III. Zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów w zakresie zawierającym informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.: karta techniczna zaoferowanego przez FlexiPower Group kolektora, wyjaśnienia producenta, wyjaśnienia wykonawcy zawierające dane objęte kartą zaoferowanego kolektora, certyfikaty, aneksy do certyfikatów oraz raporty z badań mających wpływ na dodatkową możliwość oceny

zgodności treści oferty z treścią SIWZ, co równocześnie stanowi przejaw utrudniania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na okoliczność, że Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r. odmówił dostępu do szeregu ww. dokumentów i informacji zawartych w tych dokumentach.

Jako podstawę odmowy dokumentów, które stanowią podstawę zarzutów było przekonanie Zamawiającego, co do poufności informacji w nich zawartych.

W ocenie Odwołującego - to przekonanie jest bezzasadne i powyższe zaniechanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1, 2 i 3 oraz 96 ust. 3 ustawy Pzp, przede wszystkim z tego powodu, że utajnione dokumenty są powszechnie dostępne na rynku i w obrocie dla różnych wykonawców.

Według Odwołującego - związku z tym, że ujawniony został zastosowany w ofercie kolektor słoneczny THERMOSOLAR TS 500, to również nieuzasadnione jest obejmowanie tajemnicą związanych z nim dokumentów, które są powszechnie dostępne.

Odwołujący zapowiedział, że w toku rozprawy wykaże, jakiego rodzaju dokumenty są jawne i jeśli w tym zakresie Zamawiający uznał niejawną, to będzie to z ww. oczywistych względów decyzja nieprawidłowa.

Ponadto, niezależnie od powyższego argumentu i okoliczności, Zamawiający powinien ocenić czy zastrzeżone informacje rzeczywiście zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego - weryfikacja nie może ograniczać się jedynie do wezwania Wykonawców w celu udzielenia podstaw, które legły u podstaw decyzji o zastrzeżeniu.

Konieczna jest szczegółowa analiza i ocena przedstawionych przez Wykonawców przesłanek pod kątem ich kwalifikacji do przesłanek ustawowych umożliwiających zakwalifikowanie poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co istotne podkreślił, że badanie i ocena zaistnienia określonych przesłanek winna odbywać się w odniesieniu do poszczególnych informacji, a nie w odniesieniu do poszczególnych dokumentów. W większości, bowiem przypadków, cały dokument nie zawiera i nie zasługuje na nadanie mu klauzuli przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji, Odwołujący podważał zasadność zastrzeżenia całości dokumentów i informacji w nich zawartych w ofercie FlexiPower Group i przedkładanych Zamawiającemu uzupełnień i szczegółowych wyjaśnień.

Odwołujący oświadczył, że poza okazaniem dokumentów, którymi dysponuje z normalnego obrotu na tym rynku, nie jest w stanie, w tym miejscu i na ten moment, przytoczyć bardziej konkretnych dowodów na bezzasadność zastrzeżenia ww. dokumentów, tym niemniej już sam fakt, zastrzeżenia całości dokumentów budzi uzasadnione wątpliwości i jest niezgodny z literalnym brzmieniem definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, jeśli nazwa produktu oraz jego charakterystyka są już znane i ujawnione w przedmiotowym postępowaniu. Podniósł, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Pismem z dnia 1 września 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca FlexiPower Group, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania, wezwania Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 6 lipca 2017r. i odpowiedzi na te wezwanie wraz z załącznikami z dnia 12 lipca 2017r., wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia dokumentów z dnia 2 sierpnia 2017r. i odpowiedzi na te wezwanie wraz z załącznikami z dnia 3 sierpnia 2017r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 sierpnia 2017r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania Odwoławczego z dnia 31 sierpnia 2017r. i pisma procesowego Przystępującego z dnia 12 września 2017r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 września 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt. 16 i pkt. 17, art.24 ust.4, art.26 ust.4 ustawy Pzp, jak również § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r, w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, a także czy mógł on w granicach prawa wykluczyć tego wykonawcę z przetargu z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu i podania nieprawdziwych informacji w warunkach dyspozycji przepisu art.24 ust.1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności, zważywszy, że Odwołujący wycofał zarzut III dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała go bezprzedmiotowy.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt.2.3 SIWZ wprowadził postanowienia dotyczące równoważności.

Zamawiający między innymi postanowił, że wykonawca może zastosować materiały i urządzenia równoważne, o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji technicznej.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że Zamawiający przyjął, że wykonawca, który zastosuje urządzenia i materiały równoważne będzie zobowiązany wykazać w trakcie realizacji zamówienia, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W spornym zakresie, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu sprzeczność oświadczeń Przystępującego ze złożonej przy ofercie karty katalogowej o wykonaniu absorbera kolektora słonecznego z blachy aluminiowej pokrytej warstwą wysokoselektywną równoważną do Bluetec Eta+ i ze złożonej w wyniku uzupełnienia karty katalogowej o posiadaniu parametru emisji termalnej 13% ALOx z treścią postanowień załącznika nr 1a Opisu Przedmiotu Zamówienia(projekt budowlano-wykonawczy i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót) – pkt 2.1 tiret 6 wskazującego rodzaj powłoki absorbera BlueTec ETA+ lub równoważnej.

Analizując powyższe uregulowania SIWZ, Izba nie dostrzegła w ich treści wskazania przez Zamawiającego szczegółowej procedury badania równoważności materiałowej na etapie badania ofert.

Mając na uwadze powyższe postanowienia SIWZ, Izba nie podzieliła zarzutów odwołania uznając, że Odwołujący zaoferował produkt zawierający powłokę absorbera kolektora słonecznego równoważny(podobny) wobec referencyjnego rozwiązania Bluetec Eta + wskazanego w SIWZ.

Według zapatrywania Izby Zamawiający, w spornym zakresie, nie określił w SIWZ jakie parametry graniczne muszą mieścić się w spornym rozwiązaniu równoważnym, zaś projekt zawierał w omawianym zakresie jedynie proponowane rozwiązanie.

Wymaga zauważenia, że zgodnie z powołanymi wyżej postanowieniami SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych między innymi o parametrach podobnych, a nie identycznych.

Wobec tego żądanie Odwołującego wykazania się przez konkurenta rozwiązaniem opartym jedynie o parametry ściśle dedykowane do produktu Bluetec Eta + nie znajduje uzasadnienia w wymaganiach SIWZ.

Nadto, zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo oparł się na oświadczeniu producenta potwierdzającego, że kolektor TS500 jest wyposażony w powłokę AL₂O₃, która jest taka sama jak powłoka BLUETEC ETA+, a terminologia dokonująca podziału właściwości produktu na selektywną i wysokoselektywną powłokę ma charakter jedynie marketingowo-reklamowy.

W ocenie Izby możliwości weryfikacji tego oświadczenia przez Zamawiającego w warunkach prowadzonego postępowania przetargowego było ograniczone z racji braku posiadania całkowitego raportu z testu kolektora TS500.

Poza tym, co wyżej wskazano, wykonawca będzie zobowiązany wykazać, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez Zamawiającego dopiero w trakcie realizacji zamówienia, a nie na etapie badania ofert.

Izba nie uznała za wiążącą opinii z dnia 14 września 2017r. proferora Politechniki Wrocławskiej Wydziału Mechaniczno-Energetycznego, traktując ją jako dokument prywatny, zawierający stanowisko strony.

Okoliczność, że zadeklarowany przez Przystępującego parametr emisji termalnej wynosi 13% i nie mieści się w parametrze emisji 4 – 7% jest bezsporna.

Wnioski opinii, jednak pomijają fakt, że Zamawiający w SIWZ jako odniesienie do równoważności posłużył się jedynie opisem podobieństwa materiałowego bez posłużenia się wartością liczbową.

Z tego względu, wnioski końcowe, przedstawione przez autora opinii nie mogły zostać przez Izbę uznane za miarodajne, do oceny równoważności.

Dalej, według zapatrywania Izby - przedłożone przez Odwołującego dowody nr 1 do 11 potwierdzają bezsporne okoliczności wynikające z przedłożonych przez Przystępującego kart katalogowych(technicznych), co nie wymaga ich powołania przy rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy.

W konsekwencji, powyższego stanowiska Izby, trudno jest przyjąć, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje, które skutkowałyby wykluczeniem go z przetargu.

Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że treść złożonych przez Przystępującego kart katalogowych zawiera informacje nieprawdziwe.

Ze złożonych kart katalogowych wyraźnie wynika, że zaoferowany został termalny kolektor słoneczny TS500, a nie jakiś inny produkt, jak sugeruje Odwołujący.

Nie znalazł również potwierdzenia w ramach tego zarzutu obowiązek Zamawiającego skorzystania z dyspozycji przepisu § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który stanowi, że Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, innych niż oświadczenia, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.

W przekonaniu Izby karty katalogowe wystawiane przez producenta mogą mieć postać autoryzowaną bądź nie, a także ich treść może ulegać zmianie w związku z okolicznościami dotyczącymi konieczności uzupełnień szczegółowych danych technicznych, wcześniej pominiętych z przyczyn leżących po stronie producenta.

Z tych wszystkich powodów, Izba nie mogła uwzględnić zarzutu odwołania w zakresie podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....