

Sygn. akt: KIO 2548/12

WYROK
z dnia 28 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 listopada 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 listopada 2012 r.** przez **Instytut Fotonowy Sp. z o.o., ul. Towarowa 9/8, 31-403 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **NORDPEAK Sp. z o.o., ul. Starodąbrowska 39, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2548/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 08.11.2012 r. w zadaniu 3, w tym także nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i czynności odrzucenia jego oferty w niniejszym zadaniu oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniu 3;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Instytut**

Fotonowy Sp. z o.o., ul. Towarowa 9/8, 31-403 Kraków tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów** na rzecz wykonawcy **Instytutu Fotonowego Sp. z o.o., ul. Towarowa 9/8, 31-403 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych (9 zadań) na: „dostawę lub dostawę, instalacje i uruchomienie różnego sprzętu laboratoryjnego dla Pracowni Alternatywne Źródła Energii w Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej, a także szkolenie wskazanych osób.”: Zadanie nr 3: „Dostawa, instalacja i uruchomienie symulatora słońca - stanowiska do cechowania ogniw fotowoltaicznych dla Pracowni Alternatywne Źródła Energii w Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej, a także szkolenie wskazanych osób.”, zostało wszczęte przez Uniwersytet Rzeszowski, al. Rejtana 16c, 35-959 Rzeszów zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 156-260639 z dnia 16.08.2012 r.

W dniu 08.11.2012 r. (faxem) Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej NORDPEAK Sp. z o.o., ul. Starodąbrowska 39, 33-100 Tarnów zwanej dalej: „NORDPEAK Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” w zadaniu 3 oraz o wykluczeniu w tym zadaniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” i odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp Instytutu Fotonowego Sp. z o.o., ul. Towarowa 9/8, 31-403 Kraków zwanego dalej: „Instytut Fotonowy Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Zamawiający stwierdził, że w toku powtórzonej czynności badania ofert Zamawiający, w dniu 12.10.2012, wezwał (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp) Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia dotyczącego treści złożonej oferty. Wykonawca w przedłożonym w dniu 15.10.2012 wyjaśnieniu nie wymienił i nie przytoczył żadnego parametru technicznego urządzenia wykazanego na liście dostaw. Stwierdził, że układ symulatora światła słonecznego dostarczony do pracowni Wydziału Metali Nieżelaznych AGH w Krakowie jest bardziej zaawansowaną wersją urządzenia zaoferowanego dla zadania nr 3 przetargu ZP/UR/101/2012 i o porównywalnej gęstości mocy światła. W dniu 18.10.2012 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą do Wykonawcy o sprecyzowanie parametrów technicznych dostarczonej aparatury. Ponieważ Wykonawca nie odpowiedział na niniejszą prośbę Zamawiający nie stwierdził podobieństwa, ani w funkcjonalności ani w parametrach technicznych (których Wykonawca nie podał) pomiędzy aparaturą naukowo-badawczą wymienioną w wykazie dostaw Wykonawcy, a aparaturą naukowo-badawczą będącą przedmiotem zamówienia opisanym w zadaniu 3 zamówienia ZP/UR/101/2012.

W dniu 26.10.2012 wezwał Wykonawcę (na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) do uzupełnienia dokumentów o wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (rozdz. III ust.2 pkt 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, m.in. referencje, protokoły odbioru bez zastrzeżeń. W odpowiedzi na niniejsze wezwanie, w dniu 05.11.2012 r., Wykonawca nie przedłożył nowego wykazu dostaw i referencji natomiast przedłożył pismo, w którym nie zgodził się ze stwierdzeniem, że dostarczone referencje nie potwierdzają, że Wykonawca dostarczył aparaturę naukowo - badawczą podobną do przedmiotu zamówienia. Wykonawca stwierdził, że aparatura dostarczona na AGH posiada znacznie większe możliwości niż wymagana w zamówieniu publicznym nr ZP/UR/101/2012 zadanie nr 3. Zamawiający dokonał analizy przedłożonych dokumentów. Po analizie Zamawiający zachowuje i podtrzymuje wcześniej wyrażone stanowisko, że *„przedłożony do oferty wykaz dostaw i referencje nie potwierdzają, że Wykonawca dostarczył aparaturę naukowo -badawczą podobną do przedmiotu zamówienia.”* Punkty 1-5 zawierają uzasadnienie Zamawiającego.

1. W piśmie z dnia 05.11.2012 r., w którym wymienione są parametry aparatury znajdującej się na wykazie dostaw, Wykonawca stwierdził, że dla aparatury dostarczonej do AGH nie wyznaczono:

- a) Klasy i normy Spektrum światła,
- b) Normy pomiaru temperatury, napięcia i natężenia prądu,
- c) Klasy dopasowania spektrum światła,
- d) Klasy niestabilności krótkoczasowej (short time instability, STI),
- e) Klasy niejednorodności oraz
- f) Klasy niejednorodności przy maksymalnym rozmiarze okna testowego. Wymienione w pkt 1a-1f parametry symulatora słońca-układu do testowania ogniw fotowoltaicznych muszą te normy i klasy spełniać, by aparatura mogła posiadać status testera. Aparatura wymieniona na wykazie dostaw ich nie posiada, stąd Zamawiający stwierdza, że aparatura ta nie została certyfikowana i ze względu na wymienione parametry techniczne nie jest podobna do symulatora słońca-układu do testowania ogniw fotowoltaicznych, jaki jest przedmiotem zamówienia.

Uzasadnienie: Wykonawca na dzień złożenia ofert, tj. 27.09.2012 r. zadeklarował, że wykonał i dostarczył aparaturę naukowo-badawczą podobną do przedmiotu zamówienia, czyli do symulatora słońca-układu do testowania ogniw fotowoltaicznych. Na dzień 27.09.2012 r. żaden z parametrów aparatury wymienionej na wykazie dostaw, dla których

wymogiem koniecznym jest zgodność co do normy i co do klasy dla symulatorów słońca - układów do testowania ogniw fotowoltaicznych (by mogły one mieć miano testera), nie jest zgodny ani z normami ani z jakąkolwiek klasą. Bezwzględnie koniecznym warunkiem dla symulatora podobnego do opisanego w przedmiocie zamówienia jest warunek, że spektrum światła emitowane przez źródło światła zastosowane w symulatorach wybudowanych po 2004 roku jest: AM 1.5G w klasie A zgodnie z normą IEC904-9 ed.2. Norma ta od 2004 roku jest obowiązkowa dla symulatorów w klasie A. Symulator słońca wymieniony na wykazie dostaw Wykonawcy nie spełnia tego podstawowego warunku.

2. Aparatura dostarczona przez Wykonawcę do AGH, wymieniona na wykazie dostaw pracuje z filtrami krawędziowymi, nigdy zaś do dnia 27.09.2012 r., terminu otwarcia ofert dla zamówienia ZP/UR/101/2012 dla zadania 3 nie pracowała z filtrami AM, co również potwierdza Wykonawca.

3. Wykonawca i wystawca referencji podali rozbieżne informacje co do nadzwyczaj ważnego parametru technicznego tego samego urządzenia wymienionego na wykazie dostaw, tj. maksymalnego rozmiaru okna testowego. Maksymalny rozmiar okna testowego narzuca szereg wymogów dla pozostałych parametrów technicznych symulatorów słońca i jest nierozzerwalnie związany z klasą symulatora.

Uzasadnienie: Brak ograniczenia na maksymalny rozmiar okna testowego w całości przekreśla funkcjonalność tego typu aparatury jako testera ogniw fotowoltaicznych. Świadczy to o tym, że aparatura pracująca w AGH nie posiada funkcjonalności symulatora słońca - testera ogniw fotowoltaicznych.

4. Parametry takie jak:

a) Zakres napięcia,

b) Dokładność pomiaru napięcia,

c) Zakres natężenia prądu,

d) Dokładność pomiaru natężenia prądu,

e) Zakres pomiaru temperatury,

f) Dokładność pomiaru temperatury,

g) Zakres stałego potencjału, wskazują na to, że aparatura wymieniona w wykazie dostaw Wykonawcy służy do precyzyjnego wykonywania charakterystyk diod półprzewodnikowych oraz badania zjawiska fotoelektrycznego i nie jest symulatorem słońca-układem do testowania ogniw fotowoltaicznych.

Uzasadnienie: Podczas testowania ogniw fotowoltaicznych uzyskuje się rezultaty pomiarów natężenia fotoprądu w funkcji napięcia wyłącznie z pierwszej ćwiartki kartezjańskiego układu współrzędnych, a zakresy pomiaru napięcia i natężenia prądu ograniczają się do wartości dodatnich, jak to określono w specyfikacji.

5. Pozostałe parametry wymienione przez Wykonawcę, takie jak: a) czas trwania pomiaru, b) typ lampy (źródła światła), c) żywotność lampy oraz d) typ symulatora - dotyczą symulatorów pracujących w trybie ciągłym. Wykonawca w złożonej ofercie zaoferował wykonanie symulatora słońca pracującego w trybie skrajnie innym, tj. impulsowym. Parametry te dla obu typów pracy symulatorów w naturalny sposób się różnią, co wyklucza dopatrywanie się w nich podobieństw. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” szczegółowo opisał funkcjonalność, przeznaczenie i parametry techniczne symulatora słońca, który jest przedmiotem zamówienia dla zadania 3. Załącznik nr 1a do STWZ dokładnie określał funkcjonalność i przeznaczenie przedmiotu zamówienia: symulatora słońca-stanowiska do cechowania ogniw fotowoltaicznych, urządzenia które stanowić będzie podstawowe wyposażenie certyfikowanego laboratorium cechowania ogniw słonecznych i modułów fotowoltaicznych, które musi spełniać normy i klasę dla testerów ogniw fotowoltaicznych, wymienione w specyfikacji. Zamawiający uznaje, że wiedza i doświadczenie wykonawcy w dostawie i instalacji innej niż symulator słońca-układ do testowania ogniw fotowoltaicznych specjalistycznej aparatury naukowo-badawczej nie daje wystarczającej rękojmi należytego wykonania zamówienia.

W dniu 19.11.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp odwołanie Instytutu Fotonowego Sp. z o.o. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.11.2012 r. (e-mailem). Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego, a następnie odrzucenie jego oferty, pomimo tego, iż oferta Odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Mając wyżej wymienione naruszenia na uwadze Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego, a następnie odrzuceniu jego oferty oraz wyborze oferty NORDPEAK Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i podpisanie z Odwołującym umowy o zamówienie publiczne. Jednocześnie Odwołujący wnosi o zasądzenie kosztów postępowania, w tym zastępstwa prawnego wedle norm przepisanych. W dniu 01.10.2012 r. Zamawiający w ramach badania i oceny ofert w postępowaniu przetargowym na: *„dostawę, lub dostawę, instalację i uruchomienie różnego sprzętu laboratoryjnego dla Pracowni Alternatywne Źródła Energii w Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej, a także szkolenie wskazanych osób”* dla zadania nr 3 o nazwie „Dostawa, instalacja i uruchomienie symulatora słońca – stanowiska

do cechowania ogniw fotowoltaicznych dla Pracowni Alternatywne Źródła Energii w Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej, a także szkolenie wskazanych osób" wezwał Odwołującego o wyjaśnienie poszczególnych parametrów oferowanej aparatury - symulatora słońca. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący pismem z dnia 05.10.2012 r. przedłożył szczegółowe wyjaśnienia dotyczące właściwości swojego urządzenia, które zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. W dniu 08.10.2012 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla 9 zadań w ramach postępowania przetargowego na: *„dostawę, lub dostawę, instalację i uruchomienie różnego sprzętu laboratoryjnego dla Pracowni Alternatywne Źródła Energii w Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej, a także szkolenie wskazanych osób”*. Następnie, w dniu 12.10.2012r. Zamawiający unieważnił wybór oferty dla zadania nr 3 o nazwie: *„Dostawa, instalacja i uruchomienie symulatora słońca - stanowiska do cechowania ogniw fotowoltaicznych dla Pracowni Alternatywne Źródła Energii w Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej, a także szkolenie wskazanych osób”*.

Zgodnie z wymogami SIWZ (rozdz. III ust. 2 pkt 1 SIWZ) aby wykazać spełnienie warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał dla zadania nr 3 wykazania się co najmniej 1 dostawą aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca), o wartości co najmniej 150 000,00 PLN netto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych PLN). Na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku wykonawca miał przedstawić wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, m.in. referencje, protokoły odbioru bez zastrzeżeń. Odwołujący zgodnie z wymaganiami SIWZ załączył wykaz wykonanych dostaw z którego wynika, że zrealizował dostawę symulatora światła słonecznego z oprzyrządowaniem dla Wydziału Metali Nieżelaznych Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie. Na potwierdzenie, że zamówienie zostało wykonane należycie Odwołujący przedstawił referencje. W dniu 12.10.2012r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, wnosząc o wskazanie: *„na czym polega podobieństwo aparatury, wykazanej w załączonym do oferty wykazie dostaw, do wymaganej przez Zamawiającego aparatury naukowo badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia dla zadania nr 3 (zastosowanie, parametry)”*. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił między innymi, iż układ symulatora światła słonecznego dostarczony przez Instytut Fotonowy Sp. z o.o. do pracowni na Wydziale Metali Nieżelaznych AGH w Krakowie jest bardziej zaawansowaną wersją urządzenia zaoferowanego do przedmiotowego postępowania i o porównywalnej gęstości mocy światła. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż przedmiotowy układ był zaprojektowany do wykonywania wszechstronnych badań fotoelektrochemicznych

na warstwach półprzewodnikowych, w tym na ogniwach fotowoltaicznych w oparciu o lampę ksenonową pracy ciągłej. Następnie, pismem z dnia 26.10.2012r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia wykazu potwierdzającego wymagane doświadczenie, gdyż według Zamawiającego w toku badania ofert nie stwierdził on podobieństwa ani w funkcjonalności ani w parametrach technicznych pomiędzy aparaturą naukowo-badawczą wymienioną przez Odwołującego w wykazie dostaw a aparaturą naukowo-badawczą będącą przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 3. W odpowiedzi na wezwanie (z dnia 05.11.2012 r.) Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego i w przesłanym do Zamawiającego e-mailu (korespondencja z Panią M..... P..... B..... - członkiem komisji przetargowej Zamawiającego) wykazał, iż dostarczony symulator słońca na Wydział Metali Nieżelaznych AGH jest podobny do oferowanego w przedmiotowym postępowaniu.

Po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w dniu 08.11.2012 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykluczając Odwołującego i odrzucając jego ofertę, zarzucając, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający z rażącym naruszeniem przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczył Odwołującego, a następnie odrzucił jego ofertę oraz dokonał wyboru-jako najkorzystniejszej - oferty Wykonawcy NORDPEAK Sp. z o.o.

Zarzut niespełnienia przez referencyjne urządzenie Odwołującego charakterystyki przewidzianej dla urządzeń o nazwie: „*aparatura naukowo - badawcza (tj. symulatory słońca)*”. Odwołujący zarzuca, iż wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, Odwołujący w złożonej ofercie wykazał, iż legitymuje się wymaganym doświadczeniem, tj. co najmniej jedną dostawą „*aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca)*”.

W SIWZ Zamawiający bardzo ogólnie scharakteryzował czego dotyczyć ma dostawa, której realizację winni wykazać wykonawcy w zakresie swojego doświadczenia. W szczególności, Zamawiający wskazał jedynie, iż dostawa ta winna obejmować: „*aparaturę naukowo - badawczą podobną do przedmiotu zamówienia (tj. symulatory słońca)*”. Tak zdefiniowany wymóg nie zawierał żadnych innych szczegółowych parametrów, jakimi dostawa winna się cechować. Mając powyższe na względzie, Odwołujący wraz ze swoją ofertą złożył wykaz potwierdzający wymagane doświadczenie oraz referencje na dostawę symulatora światła słonecznego z oprzyrządowaniem dla Wydziału Metali Nieżelaznych Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie. Tymczasem, Zamawiający w piśmie z dnia 08.11.2012 r. informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego, zarzucił, iż dostawa aparatury wskazana przez Odwołującego nie spełnia szeregu wymogów, które Zamawiający uznał za szczególnie istotne. W piśmie tym Zamawiający w sposób szczegółowy opisał, jakie normy i parametry winna spełniać aparatura, aby można było ją zakwalifikować jako

symulator słońca – układ do testowania ogniw fotowoltaicznych. Powyższy fakt wywołuje zdziwienie w kontekście tego, iż Odwołujący zarówno dla Zadania nr 1, jak i dla Zadania nr 3 przedłożył takie samo doświadczenie - referencje na dostawę symulatora światła słonecznego z oprzyrządowaniem dla Wydziału Metali Nieżelaznych Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie. Zamawiający w SIWZ dla obu Zadań sformułował identyczne wymagania dotyczące obowiązku wykonawców wykazania się posiadanym doświadczeniem. W przypadku Zadania nr 1 referencje załączone do oferty przez Odwołującego zostały przez Zamawiającego zaakceptowane, gdy tymczasem w zakresie Zadania nr 3 Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z powodu niespełnienia wymogu legitymowania się żądanym doświadczeniem. Powyższe niekonsekwentne działanie Zamawiającego budzi poważne zastrzeżenia, bowiem nie wynika z żadnych logicznych przesłanek. Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający w zakresie Zadania nr 3 w sposób bezprawny po dniu składania ofert dokonał uszczegółowienia wymaganej przez niego definicji dostawy symulatora słońca. Zamawiający uszczegółowił ważne dla niego parametry aparatury naukowo - badawczej, jednakże dokonał tego w niedopuszczalnym przez przepisy terminie po dniu składania ofert. Tym samym, żaden wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji takiego działania. W rezultacie, nie można wykluczyć wykonawcy, jeżeli zastosował się do wymogów SIWZ i wykazał w swoim doświadczeniu wykonanie dostawy opisanej w sposób ogólnikowy jako: „dostawa aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca)”. Stanowisko powyższe reprezentuje Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok KIO z dnia 02.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2255/10), gdzie w podobnej sprawie orzekła, iż skoro „do weryfikacji charakteru oferowanego rozwiązania (prototypowe albo nie) zamawiający posłużył się dokumentem, którego zażądał w celu weryfikacji jednego z warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie brak w postanowieniach SIWZ odrębnego wskazania, że wykaz wykonanych robót budowlanych będzie służył także weryfikacji charakteru oferowanego rozwiązania, to uznać należy, że zamawiający w sposób, którego nie dopuścił w SIWZ, dokonał oceny oferty odwołującego się. Izba zwraca uwagę, że wobec opisanego sposobu oceny spełnienia warunku (wykazanie 1 roboty budowlanej), a jednocześnie braku po stronie odwołującego się wiedzy, że wykaz robót budowlanych będzie służyć również innemu celowi niż weryfikacji postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, odwołujący nie musiał (zatem mógł nie być zainteresowany) ujmować w wykazie większej liczby robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie (modernizacji) oczyszczalni ścieków, niż jedna, tj. wystarczająca do wykazania spełnienia warunku. W świetle przywołanych postanowień SIWZ, braku odrębnych postanowień SIWZ, które przewidywałyby prawo zamawiającego do weryfikacji charakteru oferowanego rozwiązania na podstawie wykazu wykonanych robót budowlanych oraz wskazanego przez zamawiającego uzasadnienia odrzucenia

oferty odwołującego się Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego się z tego powodu, że ten zaoferował instalację suszenia będącą rozwiązaniem prototypowym, nie spełniającym wymagań zamawiającego określonych w SIWZ."

Odwołujący podnosi, iż wskazana przez niego w ofercie dostawa symulatora światła słonecznego z oprzyrządowaniem dla Wydziału Metali Nieżelaznych Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie z powodzeniem mieści się w powszechnie obowiązującej w nauce i praktyce definicji symulatora słonecznego. Warto na wstępie zaznaczyć, iż sama nazwa "symulator słońca" używany przez Zamawiającego w SIWZ jest nieprecyzyjna. Poprawną nazwą urządzenia, którego Zamawiający potrzebuje do badania ogniw fotowoltaicznych jest "symulator promieniowania słonecznego" wraz z układem pomiarowym do ogniw fotowoltaicznych. Samo określenie "symulator słońca" natomiast nie precyzuje, które z licznych parametrów fizycznych Słońca są symulowane. Istnieją bowiem symulatory słońca, które służą np. do podawania pozycji słońca na niebie w zależności od szerokości geograficznej i daty

(<http://astro.unl.edu/classaction/animations/coordsmotion/sunmotions.html>).

Normatywną definicję symulatora światła słonecznego wprowadza Norma IEC60904-9 (z 2007 r.) w paragrafie 3 wspomnianej Normy pt. „Pojęcia i definicje” (Terms and definitions) definiuje się pojęcie symulatora promieniowania słonecznego: "3.1 solar Simulator A solar Simulator can be used for two different applications:

a) I- V measurement.

b) Irradiance exposure.

The equipment is used to simulate the solar irradiance and spectrum. Simulators usually consist of three main components: (1) light source(s) and associated power supply; (2) any optics and filters required to modify the output beam to meet the classification requirements; and (3) the necessary controls to operate the Simulator. Solar simulators shall be labelled by their mode of operation during a test cycle. These are steady state, single pulse, and multi-pulse.

NOTE 1 Two types of solar simulators are commonly used to determine I-V characteristics: Steady-state and pulsed. The pulsed solar simulators can be further subdivided into long pulse systems acquiring the total I-V characteristic during one flash and short pulse systems acquiring one I-V data point per flash.

NOTE 2-Beside the light source, the lamp power supply and the optics, also the I-V data acquisition, the electronic load and the operating software may be an integral part of the solar Simulator. Requirements for the related measurement technique are included in other parts of the IEC 60904 series."

Tłumaczenie: Symulator światła słonecznego Symulator światła słonecznego może mieć dwa różne zastosowania:

a) pomiar charakterystyki prądowo-napięciowej (I-V)

b) badania odporności na światło

Urządzenie jest używane do symulacji natężenia i widma promieniowania słonecznego. Symulatory zazwyczaj składają się z trzech głównych komponentów: (1) źródła (źródła) światła wraz z zasilaczem; (2) komponentów i filtrów optycznych potrzebnych do modyfikacji wiązki wyjściowej, aby spełniała wymagania klasyfikacji; i (3) niezbędnych sterowników do obsługi symulatora. Symulatory promieniowania słonecznego powinny być oznaczone ze względu na sposób ich pracy w trakcie procedury testowania. Są to praca ciągła, pojedynczy impuls, i impuls wielokrotny. UWAGA 1 Dwa rodzaje symulatorów promieniowania słonecznego są powszechnie używane do ustalania charakterystyk (I-V) prądowo-napięciowych: Pracy ciągłej i impulsowej. Impulsowe symulatory promieniowania słonecznego mogą być dalej podzielone na układy z długimi impulsami, gdzie cała charakterystyka I-V jest zbierana podczas jednego błysku, oraz krótko impulsowe, gdzie tylko jeden punkt charakterystyki jest zbierany podczas jednego błysku.

UWAGA 2 Oprócz źródła światła, zasilacza lampy i optyki, również układ zbierania danych I-V, obciążenie elektroniczne i oprogramowanie może być integralną częścią symulatora promieniowania słonecznego. Wymagania dotyczące techniki pomiarowej są zawarte w innej części normy IEC 60904.

Wyżej przytoczona normatywna definicja symulatora promieniowania słonecznego jest zgodna z powszechnie funkcjonującą na rynku definicją urządzenia do badania ogniw fotowoltaicznych. Tym samym, zarówno w nauce, jak i w praktyce istnieje zgodność co do rozumienia pojęcia symulatora promieniowania słonecznego, definiując tego typu aparaturę jako urządzenie emitujące promieniowanie o własnościach zbliżonych do promieniowania słonecznego.

Na poparcie powyższego stwierdzenia, warto w tym miejscu przytoczyć jedynie kilka przykładów definicji symulatora światła słonecznego formułowanych przez czołowych producentów tego typu urządzeń:

1. Firma Newport, jeden z największych na świecie producentów przyrządów optycznych, w swoim przewodniku po symulatorach promieniowania słonecznego (<http://www.newport.com/Solar-Simulator-Guide/1016231/1033/content.aspx>) w paragrafie Podstawy symulatorów promieniowania słonecznego (Solar Simulator basics) tak definiuje urządzenie: "A Solar Simulator is a light source that approximates the illumination of natural sunlight. Solar simulators with various tailored spectra! output are used to test a variety of samples including but not limited to solar cells, sun screen (SPF), materials photo-stability, and other samples (in-vivo or in-vitro) under controlled, repeatable, laboratory conditions."

Tłumaczenie: *Symulator promieniowania słonecznego jest źródłem światła, które w przybliżeniu odtwarza naturalne światło słoneczne. Symulator z różnie dobranym widmowo promieniowaniem są używane do testowania różnorodnych próbek włącznie z, ale nie tylko, ogniwami słonecznymi, filtrami światła słonecznego, fotoodporności materiałów i innych próbek (in-vivo lub in-vitro) w kontrolowanych i powtarzalnych warunkach laboratoryjnych.*

2. LOT-Oriel, duży producent symulatorów promieniowania słonecznego, we wstępie "Symulator promieniowania słonecznego pracy ciągłej" (Steady state Solar Simulator <http://www.lot-oriel.com/uk/en/home/solar-simulator>) podaje następujący opis, z którego wynika co jest główną częścią symulatora: *"Solar simulators provide a broadband spectrum close to that of the sun from the UV to the IR. The main part of the solar Simulator is a xenon arc lamp that reaches a color temperature of approximately 6000 K which is very close to sun light."*

Tłumaczenie: *Symulatory promieniowania słonecznego dostarczają szerokiego widma zbliżonego do słonecznego w zakresie od ultrafioletu do podczerwieni. Główną częścią symulatora promieniowania słonecznego jest krótkoślukowa lampa ksenonowa, która osiąga temperaturę barwową ok. 6000 K która jest bardzo zbliżona do światła słonecznego.*

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający w sposób bezprawny po dniu składania ofert dokonał uszczegółowienia wymaganej przez niego definicji dostawy symulatora słońca, która nie została oparta na powszechnie funkcjonującym w obrocie rozumieniu takiego urządzenia. Mianowicie, Zamawiający w piśmie z dnia 08.11.2012 r. zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego nie tylko stwierdza, iż symulator słońca ma być układem do testowania ogniw fotowoltaicznych, ale dodatkowo narzuca obowiązek spełnienia przez ten układ szeregu szczegółowych parametrów, które w praktyce w pełni zrównują omawiany układ z urządzeniem będącym przedmiotem zamówienia. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający miał prawo uszczegółwić ważne dla niego parametry aparatury naukowo - badawczej, jednakże dokonał tego w niedopuszczalnym przez przepisy terminie, tj. po dniu składania ofert. Tym samym, wykonawców winna obowiązywać jedynie taka definicja symulatora słońca, którą przyjmuje się powszechnie w obrocie tego typu urządzeniami. Dodatkowo, warto wspomnieć, iż Zamawiający w piśmie z dnia 08.11.2012 r. zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego, zdefiniował symulator słońca jedynie w kategoriach funkcji układu do testowania ogniw fotowoltaicznych. Tymczasem powszechnie wiadomo, iż symulatory promieniowania słonecznego (w skrócie: SPSy) mogą mieć różnorakie zastosowania. Istnieją np.: SPSy wykorzystywane w badaniach odporności starodruków na promieniowanie słoneczne (używane m.in. w Pracowni Badań nad Trwałością i Degradacją Papieru na Wydziale Chemii UJ). Są też symulatory do badania trwałości barwników tkanin lub koloru podeszw butów stosowane w przemyśle odzieżowym i obuwniczym.

Warto również wspomnieć, iż dobieranie kolorów lakierów samochodowych odbywa się przy pomocy SPSów (<http://www.solux.net/cgi-bin/tlistore/infopages/dupont.html>).

Odwołujący podnosił, iż podążając za definicją symulatora słońca narzuconą przez Zamawiającego w piśmie z dnia 08.11.2012 r., jako „układu do testowania ogniw fotowoltaicznych” należy zaznaczyć, iż wykazana przez Odwołującego w ofercie referencyjna dostawa w pełni spełnia te wymogi. Mianowicie, należy wyjaśnić, iż do testowania ogniw fotowoltaicznych. potrzebne jest urządzenie składające się z dwóch części: źródła promieniowania do oświetlania ogniw i układu pomiarowego mierzącego własności elektryczne ogniw pod wpływem tego oświetlenia. To, co odróżnia przedmiot zamówienia jako układu do testowania ogniw fotowoltaicznych od innych symulatorów słońca to konieczność jednoczesnego pomiaru natężenia prądu i napięcia elektrycznego (tzw. charakterystyki I-V) ogniw fotowoltaicznych poddawanych testom. Odwołujący podnosi, iż symulator promieniowania dostarczony przez Odwołującego dla Wydziału Metali Nieżelaznych Akademii Górniczo Hutniczej w Krakowie posiada możliwość pomiaru tych wielkości. Co więcej, wielkości te są mierzone z tysiąckrotnie (napięcie elektryczne) a nawet miliardkrotnie (natężenie prądu elektrycznego) większą precyzją od wymaganej przez Zamawiającego w specyfikacji aparatury. Warto wyjaśnić, iż Akademia Górniczo Hutnicza w prowadzonym przez siebie postępowaniu przetargowym nie nazwała zamawianego urządzenia symulatorem słońca, bowiem przedmiotem zamówienia była aparatura o wiele bardziej skomplikowana (pełniąca znacznie więcej funkcji) niż podstawowe rozumienie symulatora światła słonecznego. Symulator promieniowania słonecznego dostarczony na AGH miał stanowić serce systemu do badania warstw półprzewodnikowych. Dla użytkownika (AGH) najważniejszym zastosowaniem zamawianego urządzenia było użycie go w połączeniu z monochromatorem i modulowanymi natężeniowo źródłami światła. Stąd zamawiający - AGH nadał nazwę dla całości urządzenia: spektrometr modulacyjny. Jednakże urządzenie dostarczone przez Odwołującego dla AGH posiada również funkcję układu - testera ogniw fotowoltaicznych.

Zarzut niespełnienia przez referencyjne urządzenie Odwołującego charakterystyki przewidzianej dla urządzenia podobnego do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podnosił, iż aparatura dostarczona przez Odwołującego dla Akademii Górniczo - Hutniczej nie tylko spełnia kryteria układu - symulatora słońca, ale również mieści się w pojęciu aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w specyfikacji nie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem: „*aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia*”, tym samym w sposób bezprawny dokonuje takiego uściślenia już po dniu składania ofert. Mianowicie, w piśmie z dnia 08.11.2012 r. zawiadamiającym o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wylicza istotne dla niego cechy aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia. Zamawiający

w sposób jednostronny i niczym nieuzasadniony wskazuje na wybrane parametry, które jego zdaniem aparatura winna posiadać, aby spełnić kryterium „aparatury podobnej” do przedmiotu zamówienia. Analizując poszczególne parametry wskazane w piśmie z dnia 08.11.2012 r., jakie, zdaniem Zamawiającego, winno posiadać referencyjne urządzenie, należy zwrócić uwagę na fakt, iż z całości analizy wyłania się obraz aparatury, którą na obecnym rynku produkuje tylko jeden producent tego typu urządzeń, tj. firma ENDEAS, której urządzenie zaoferował wykonawca NORDPEAK Sp. z o.o. wyłoniony w niniejszym postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza. Dowód: fragment oferty wykonawcy NORDPEAK Sp. z o.o. zawierający opis urządzenia firmy ENDEAS.

Tym samym, na obecnym rynku nie można spotkać wykonawców, którzy posiadaliby doświadczenie w dostawie symulatora słońca spełniającego dokładnie takie parametry jak wskazuje Zamawiający (oprócz dostawców producenta ENDEAS). Parametry takie jak: zakres napięcia "Bias", zakres napięcia, dokładność pomiaru napięcia, zakres natężenia prądu, dokładność pomiaru natężenia prądu, zakres nasłonecznienia, zakres pomiaru temperatury i dokładność pomiaru temperatury są identyczne z parametrami z broszury załączonej do oferty przez Wykonawcę NORDPEAK Sp. z o.o. Według najlepszej wiedzy Odwołującego, w obecnej chwili nie ma na rynku urządzeń innego producenta o dokładnie takich parametrach jak wymienione powyżej.

Poniżej Odwołujący w sposób szczegółowy odniósł się do poszczególnych zarzutów Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 08.11.2012 r. zawiadamiającym o odrzuceniu oferty Odwołującego:

1. Zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że przedłożony do oferty wykaz dostaw i referencje nie potwierdzają, że Odwołujący dostarczył aparaturę naukowo - badawczą podobną do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazuje, że dla symulatora słońca dostarczonego na AGH nie wyznaczono:

- a) Klasy i normy Spektrum światła,
- b) Normy pomiaru temperatury, napięcia i natężenia prądu,
- c) Klasy dopasowania spektrum światła,
- d) Klasy niestabilności krótkoczasowej (short time instability, STI),
- e) Klasy niejednorodności oraz
- f) Klasy niejednorodności przy maksymalnym rozmiarze okna testowego.

Według Zamawiającego: „w punktach 1 a-lfparametry symulatora słońca-układu do testowania ogniw fotowoltaicznych muszą te normy i klasy spełniać, by aparatura mogła posiadać status testera. Aparatura wymieniona na wykazie dostaw ich nie posiada, stąd Zamawiający stwierdza, że aparatura ta nie została certyfikowana i ze względu na wymienione parametry techniczne nie jest podobna do symulatora słońca-układu do testowania ogniw fotowoltaicznych, jaki jest przedmiotem zamówienia. ”

Odwołujący podkreślił, iż sformułowany przez Zamawiającego w specyfikacji warunków posiadania wiedzy i doświadczenia (Rozdz. III pkt. 2.2 ppkt c) SIWZ) nie wskazywał na obowiązek posiadania konkretnych norm i klas, o których Zamawiający wspomina w piśmie z dnia 08.11.2012 r. Urządzenie dostarczone przez Odwołującego dla AGH nie było certyfikowane, bowiem AGH tego nie wymagał. Procedura certyfikująca jest przeprowadzana przez akredytowane laboratorium zewnętrzne i przez to bardzo droga. Samo urządzenie jednak może być wykorzystywane do testowania ogniw fotowoltaicznych i przystąpić do procedury certyfikacyjnej. Nie jest również prawdą stwierdzenie Zamawiającego, iż: *„na dzień 27.09.2012 roku żaden z parametrów aparatury wymienionej w wykazie dostaw, [...] nie jest zgodny ani z normami ani z jakąkolwiek klasą”*. Pomimo tego, iż urządzenie nie zostało certyfikowane spełnia certyfikacyjne wymogi co do stabilności krótko- i długoczasowej źródła światła, warunek jednorodności przestrzennej natężenia promieniowania oraz przy zastosowaniu standardowego, dostępnego w handlu filtra spektralnego również ostatni warunek z normy czyli warunek charakterystyki widmowej. Konkretna klasa symulatora dla poszczególnych warunków powinna być zdeterminowana przez akredytowane laboratorium jednak w przypadku spektrum światła klasę tę można oszacować z fizycznej konstrukcji i zasady działania źródła (lampa ksenonowa w pracy ciągłej). W rezultacie, wbrew temu co twierdzi Zamawiający, powyższe oszacowanie wskazuje, że urządzenie jest w klasie A.

Podważył prawdziwość twierdzenia Zamawiającego, podnoszącego, iż bezwzględnie koniecznym warunkiem dla symulatora podobnego do opisanego w przedmiocie zamówienia jest: *„że dopasowanie spektralne musi być w klasie A ”*. Mianowicie, Zamawiający wysunął zarzut, iż: *„bezwzględnie koniecznym warunkiem dla symulatora podobnego do opisanego w przedmiocie zamówienia jest warunek, że spektrum światła emitowane przez źródło światła zastosowane w symulatorach wybudowanych po 2004 roku jest: AM 1.5G w klasie A zgodnie z normą IEC904-9 ed.2. Norma ta od 2004 roku jest obowiązkowa dla symulatorów w klasie A. Symulator słońca wymieniony na wykazie dostaw Wykonawcy nie spełnia tego podstawowego warunku”*. Odwołujący podnosi, iż powyższe twierdzenie należy uznać za sprzeczne z obowiązującymi normami, bowiem powoływana przez Zamawiającego Norma IEC904-9 przewiduje dla tego typu symulatorów jako dopuszczalną już klasę C (paragraf 1 powołanej wyżej Normy zdanie ostatnie). Warto w tym miejscu dodać, iż Zamawiający nie tylko bezpodstawnie zarzuca jakoby urządzenie objęte referencjami nie spełniało wymogów nakreślonych przez powołane przez niego normy, ale również sam przyznał, iż nie posiada takiej wiedzy, co było powodem wystąpienia Zamawiającego do przedstawicieli Akademii Górniczo Hutniczej z wnioskiem o udzielenie w tym względzie wyjaśnień. Jednakże, w trakcie wymienianej z AGH korespondencji Zamawiający z niewyjaśnionych przyczyn zaniechał podania przedstawicielowi AGH treści norm, których zgodności wymagał. Mianowicie, Zamawiający zwrócił się do prof. K. S..... z Wydziału Metali

Niezelaznych AGH o podanie parametrów zakupionego od Odwołującego symulatora słońca. Prof. K. S..... poprosił Zamawiającego o podanie treści norm jakich wymaga Zamawiający, tak aby można się było do nich odnieść. Zamawiający odmówił podania norm czym uniemożliwił udzielenie odpowiedzi przez AGH. Tym samym, w rezultacie Zamawiający sam zaniedbał rzetelną weryfikację urządzenia pod tym względem. Załączył dowód: korespondencja e - mailowa Zamawiającego z prof. K. S.....

Reasumując, Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający żądając wykazania się doświadczeniem podobnym do przedmiotu zamówienia nie wskazał zakresu podobieństwa. Na podobnym stanowisku stoi również orzecznictwo, w którym stwierdza się, iż zamawiający na okoliczność weryfikowania posiadania przez wykonawców wymaganego doświadczenia powinien posługiwać się sformułowaniem zamówień podobnych, z tym zastrzeżeniem, iż powinien wskazać, co rozumie pod tym pojęciem (por. wyrok ZA z 09.06.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1238/05, wyrok SO Warszawa Praga z 5.08.2005 r., sygn. akt: IV Ca 239/05, wyrok ZA z 07.06.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1203/05). Zgodnie z aktualnym stanowiskiem UZP: *„obowiązkiem zamawiającego jest doprecyzowanie określenia "niezbędna wiedza i doświadczenie" w kontekście danego zamówienia oraz wskazanie zasad oceny spełnienia tego warunku"* (por. J. Baehr w red. T. Czajkowski: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. Urząd Zamówień Publicznych, wydanie trzecie, W-wa 2007 r., Teza 6, str. 127). Tymczasem, Zamawiający w skarżonym postępowaniu zaniedbał w SIWZ zdefiniowania pojęcia: *„aparatura naukowo - badawcza podobna do przedmiotu zamówienia"*. Niedopuszczalne zatem jest wykluczenie wykonawcy z powodu niespełnienia kryteriów wyznaczonych następnie przez Zamawiającego już po dniu składania ofert. Dodatkowo, Odwołujący podnosił, iż Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego wymagał aby wskazany w wykazie doświadczenia symulator słońca był z praktycznego punktu widzenia identyczny z opisanym w przedmiocie zamówienia. Żądanie takie należy uznać za sprzeczne zarówno ze specyfikacją, która wymaga wykazania się dostawą *„podobną (tj. symulatorem słońca)"* a nie identyczną, jak również niezgodne z obowiązującymi przepisami. Jak stwierdziła KIO: (wyrok KIO z 08.08.2008r. sygn. akt: KIO/UZP 768/08) *„skoro usługa odpowiada co do rodzaju przedmiotowi zamówienia i została wykonana należyście, to brak jest podstaw do odmowy jej uznania za potwierdzającą posiadanie doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego."* Dodatkowo, należy podkreślić, iż zapis w specyfikacji dotyczący wymaganego doświadczenia był bezsporny, o czym świadczy brak zapytań do SIWZ w zakresie spełnienia doświadczenia. Zgodnie z wytycznymi dotyczącymi interpretacji oświadczeń woli zawartymi m.in. w uchwale SN (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29.06.1995 r., sygn. akt: III CZP 66/95, OSNIC 12/95, poz. 168): *„wykładnia oświadczeń woli polega na ustaleniu ich znaczenia, czyli sensu i ma na celu ustalenie właściwej treści zawartej w oświadczeniu woli. Wyrażone w art. 65 kc reguły interpretacyjne*

grupują się wokół dwóch respektowanych przez prawo cywilne wartości: respektowania woli (intencji) osoby składającej oświadczenie oraz ochrony zaufania, jakie budzi złożone oświadczenie woli u innych osób. Decydujący jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Przeważa tu ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad intencją nadawcy. Nadawca bowiem formułuje oświadczenie woli i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodnie z jego wola zrozumiane przez odbiorcę. Taka wykładnia sprzyja pewności stosunków prawnych, a tym samym pewności obrotu prawnego. Uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone, a także cel oświadczenia". Zgodnie zaś ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 01.07.2010 r.: „Okolicznością mającą szczególne znaczenie przy interpretacji oświadczeń zamawiającego ma fakt, iż oświadczenia takie, w przypadku przetargu nieograniczonego, są składane nieograniczonej liczbie podmiotów. Na podstawie zapisów ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia podmioty te decydują, czy chcą i będą w stanie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Szczególne znaczenie mają tu warunki udziału w postępowaniu, ponieważ, oprócz samego przedmiotu zamówienia, to one określają krąg podmiotów, które o to zamówienie mogą się ubiegać. Ujawnienie warunków na etapie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma chronić wykonawców przed działaniami zamawiającego naruszającymi zasadę, jawności oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zachowaniu, przejrzystości postępowania" (wyrok KIO z 01.07.2010r., sygn. akt: KIO 1154/10).

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący zgodnie z wymaganiami SIWZ wykazał spełnienie warunku posiadania wymaganego doświadczenia i wykazał się dostawą aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca).

2. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego zarzuca, iż wykaz dostaw i referencje powołane przez Odwołującego nie potwierdzają, iż Odwołujący dostarczył aparaturę naukowo - badawczą podobną do przedmiotu zamówienia, bowiem referencyjne urządzenie: „pracuje z filtrami krawędziowymi, nigdy zaś do dnia 27.09.2012 roku, terminu otwarcia ofert dla zamówienia ZP/URfl 01/2012 dla zadania 3 nie pracowała z filtrami AM" Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nie wyszczególnił w SIWZ, iż dostarczona aparatura musi współpracować z filtrami AM1.5G. Odwołujący jednocześnie wyjaśnia, iż zarówno filtry krawędziowe jak i filtry typu AM są dostępne w handlu i wymiana jednego na drugi nie stanowi bariery technologicznej, dlatego też do tego samego symulatora światła można zakładać zarówno filtry krawędziowe, jak i filtry AM, nie wpływają one bowiem na jakość i rodzaj samej aparatury. Filtry (krawędziowe i AM) są przesłonami zewnętrznymi dostępnymi na rynku i są wymienne w zależności od potrzeb odbiorcy. Odwołujący dostarczył aparaturę dla AGH z filtrami krawędziowymi, bowiem takich wymagał tamtejszy zamawiający. W każdej

chwili filtry te mogą zostać zmienione na AM, bowiem dostarczona aparatura jest przystosowana do pracy z każdymi filtrami. Dodatkowo, to, czy urządzenie posiada filtr AM1.5G nie może stanowić o podobieństwie ani do „*symulatora słońca*”, ani do urządzenia zamawianego. Zarówno norma dotycząca symulatorów promieniowania słonecznego w zakresie spektrum jak i międzynarodowy standard AM1.5G odnosi się do własności spektralnych samego promieniowania a nie filtrów. Filtry nie są potrzebne jeśli źródło promieniowania samodzielnie spełnia wymogi normy. Również w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia sam Zamawiający wymaga filtrów atmosferycznych w ilości koniecznej. To znaczy, że jeśli nie są one potrzebne do spełnienia normy w zakresie klasy dopasowania spektrum to nie muszą być one dostarczone. Reasumując, Odwołujący udokumentował posiadanie wiedzy i doświadczenia, tj. wykazał, iż posiada wystarczający potencjał, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzedniego zadania podobnego do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali, złożoności i wartości. Tak wykazane doświadczenie, daje bowiem zamawiającemu rękojmię, iż realizacja robót będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni wymagania jakościowe (w ślad za wyrokiem KIO z dnia 12.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1318/10). Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 *in initio* Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Konkretyzując przywołaną normę Zamawiający doprecyzował warunek udziału w postępowaniu odnosząc go do przedmiotu zamówienia zarówno wartościowo, jak i rodzajowo, uwzględniając dyspozycję § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) . Zamawiający definiując rodzaj dostawy, którą uznał za adekwatną do przedmiotu zamówienia, ustalił wymagania ogólnikowo, nie definiując pojęcia aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia. Natomiast w trakcie oceny ofert Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów specyfikacji wskazując, że przedmiot podobny to znaczy identyczny. Podkreślić należy, że granicę kompetencji Zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Należy zarzucić, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uchybił obowiązkowi ustawowemu, gdyż wykluczył z postępowania wykonawcę, który wykazał się podobną dostawą do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie musiał wykazywać, że ma doświadczenie w wykonaniu identycznych dostaw jak przedmiot postępowania przetargowego. Określenie zawarte w § 1 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów [...] wskazuje na usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należycie. Wymaganie od Odwołującego wykazaniem się doświadczeniem w dostawie identycznego przedmiotu zamówienia byłoby naruszeniem uczciwej konkurencji i ograniczyłoby krąg podmiotów jedynie do tych, które wykonały identyczny przedmiot zamówienia.

3. W piśmie z dnia 08.11.2012 r. Zamawiający bezpodstawnie zarzucił, iż Odwołujący i wystawca referencji: *„podali rozbieżne informacje co do nadzwyczaj ważnego parametru technicznego tego samego urządzenia wymienionego na wykazie dostaw, tj. maksymalnego rozmiaru okna testowego. Maksymalny rozmiar okna testowego narzuca szereg wymogów dla pozostałych parametrów technicznych symulatorów słońca i jest nierozzerwalnie związany z klasą symulatora. ”*

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w SIWZ nie wymagał aby w wykazie znalazła się informacja o maksymalnej średnicy okna testowego referencyjnego urządzenia. Dodatkowo Zamawiający nie określił w SIWZ jaka ma być średnica okna testowego we wskazanym referencyjnym symulatorze słońca.

Podniósł, iż nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego dotyczące podania rozbieżnych informacji co do maksymalnego rozmiaru okna testowego. Odwołujący i wystawca referencji podali uzupełniające się informacje, mianowicie: Odwołujący wskazał, iż maksymalne okno ma średnicę większą od 8cm, zaś wystawca referencji dodał, że okno nie przekracza 30 cm. Oznacza to, że okno ma średnicę między 8 cm a 30 cm, czyli zgodną z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia określonymi w SIWZ.

Dodatkowo, podniósł, iż twierdzenie Zamawiającego: *„Maksymalny rozmiar okna testowego narzuca szereg wymogów dla pozostałych parametrów technicznych ...”* jest nieścisłe. Maksymalny rozmiar okna testowego narzuca tylko jeden wymóg dla takiego parametru, jakim jest rozmiar detektora promieniowania używanego przez osobę certyfikującą przy pomiarze niejednorodności przestrzennej promieniowania. Reasumując, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, referencyjna aparatura Odwołującego posiada ograniczenie na maksymalny rozmiar okna testowego. Dodatkowo, należy podkreślić, iż nawet, gdyby nie posiadała, sam brak ograniczenia na maksymalny rozmiar okna testowego nie przekreśla funkcjonalności tego typu aparatury jako testera ogniw fotowoltaicznych. Zwracamy uwagę Zamawiającego, że w badaniach ogniw fotowoltaicznych ważne jest, aby badane ogniwo zmieściło się obszarze oświetlanym przez symulator promieniowania słonecznego i maksymalny rozmiar tego obszaru nie jest istotny.

4. Zamawiający w piśmie z dnia 08.11.2012 r. zarzucił, iż aparatura wymieniona w wykazie dostaw Odwołującego służy do precyzyjnego wykonywania charakterystyk diod półprzewodnikowych oraz badania zjawiska fotoelektrycznego i nie jest symulatorem słońca-układem do testowania ogniw fotowoltaicznych. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający wymagał od wykonawców wykazaniem się realizacją dostawy podobnej do przedmiotu

zamówienia, tj. symulatora słońca, a nie dostawy identycznej. Warunek ten Odwołujący bezsprzecznie spełnił dostarczając na AGH symulator słońca. Symulator światła słonecznego dostarczony na AGH jest dokładnie taki jaki zamówił jego użytkownik (potwierdzają to referencje o należyтым wykonaniu zamówienia), który przy jego pomocy powadzi badania nad światłoczułymi warstwami półprzewodnikowymi, jest więc bezsprzecznie urządzeniem badawczym. Ogniwa fotowoltaiczne, które chce badać Zamawiający należą do tej kategorii zarówno ze względu fizyczną zasadę działania, jak i sposobu pomiaru ich własności. Warto wyjaśnić, iż Akademia Górniczo Hutnicza w prowadzonym przez siebie postępowaniu przetargowym nie nazwała zamawianego urządzenia symulatorem słońca, bowiem przedmiotem zamówienia była aparatura o wiele bardziej skomplikowana (pełniąca znacznie więcej funkcji) niż podstawowe rozumienie symulatora światła słonecznego. Tym samym funkcja układu - testera ogniwa fotowoltaicznych była jedną z wielu funkcji urządzenia dostarczonego przez Odwołującego dla AGH. Reasumując, Zamawiający w SIWZ nie przedstawił szczegółowych wymagań co do przedmiotu referencji, wskazując jedynie, iż referencyjna dostawa winna obejmować aparaturę naukowo - badawczą (symulator słońca) Ponadto, Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego oraz załączonych do oferty referencji, pomija fakt, iż jedną z funkcji urządzenia dostarczonego przez Odwołującego na AGH było pełnienie roli testera urządzeń fotowoltaicznych o znacznie większej precyzji od wymaganego przez obecnego Zamawiającego. Mianowicie, osiągnięcie większej dokładności pomiarowej w symulatorze dostarczonym dla AGH świadczy o znacznie wyższym poziomie technologicznym referencyjnej aparatury niż wymagana w przedmiocie zamówienia dla z zadania nr 3.

5. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego zarzuca, iż referencyjny symulator słońca zaproponowany przez Odwołującego pracuje w trybie ciągłym, natomiast w samej ofercie Odwołujący proponuje Zamawiającemu dostawę symulatora słońca pracującego w trybie skrajnie innym, tj. impulsowym. Podniósł, iż powyższy zarzut wywołuje zdziwienie, bowiem Zamawiający w specyfikacji zawierającej opis przedmiotu zamówienia sam dopuścił możliwość składania ofert na dostawę symulatorów słońca pracujących w wybranym przez wykonawcę trybie: albo w trybie ciągłym, albo w trybie impulsowym. Mianowicie, zgodnie z zapisami załącznika 1.1. do SIWZ, w rubryce określającej wymagane minimalne parametry techniczne urządzenia, Zamawiający określił typ symulatora (ze względu na źródło światła: światło stałe lub pulsacyjne).

Powyższe oznacza, iż każdy typ symulatora słońca, tj. zarówno posiadający źródło światła stałego, jak i pulsacyjnego spełnia warunki zamówienia. Tym samym, urządzenie referencyjne pracujące w trybie ciągłym w pełni mieści się w zakresie pojęcia: „*aparatury podobnej do przedmiotu zamówienia*”.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, iż Zmawiający wymagał wykazania się dostawą aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca), nie określił jednak na czym ma polegać podobieństwo. Tym samym załączenie do oferty przez Odwołującego referencji na dostawę symulatora słońca spełniającego również funkcję aparatury naukowo - badawczej, tj. układu do testowania ogniw fotowoltaicznych winno w pełni odpowiadać wymogom Zamawiającego. W rezultacie stwierdzenie Zamawiającego, iż wiedza i doświadczenie Odwołującego nie daje wystarczającej rękojmi należytego wykonania zamówienia, należy uznać za niezasadne. Wykazanie się przez Odwołującego, że zrealizował już podobną dostawę, wysoce uprawdopodobnia fakt, że Odwołujący dysponuje należytych doświadczeniem, znajomością problematyki i zastosowania rozwiązań w konkretnym zakresie (podobnie wyrok KIO z 09.07.2010 r., sygn. akt: KIO UZP 1254/10).

Zamawiający w dniu 20.11.2012 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: NORDPEAK Sp. z o.o., ul. Starodąbrowska 39, 33-100 Tarnów zwanej dalej: „NORDPEAK Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 27.11.2012 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym na posiedzeniu. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję i nie uwzględnił zarzutu przedstawionego w odwołaniu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego, a następnie odrzucenie jego oferty. Zamawiający w załączniku nr 1.1 do SIWZ z należytą starannością dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, w którym dokładnie, jednoznacznie i wyczerpująco określił co stanowi przedmiot zamówienia. Niniejszy zapis: *„Aparatura stanowić będzie podstawowe wyposażenie certyfikowanego laboratorium cechowania ogniw słonecznych i modułów fotowoltaicznych, dlatego musi spełniać normy wymienione w specyfikacji które potwierdzać będą odpowiednie certyfikaty wydane przez instytucję, która te certyfikaty przyznała (niniejsze certyfikaty należy dostarczyć w formie pisemnej po testach poprawności działania aparatury, przed przystąpieniem do szkolenia personelu). Symulator Słońca. Stanowisko do cechowania ogniw fotowoltaicznych o następujących parametrach minimalnych: Symulator Słońca czyli urządzenie pozwalające określać standaryzowane*

parametry ogniw fotowoltaicznych z doskonałą precyzją imitujące warunki AM 1.5G. Symulator generuje moc oświetlenia minimum jednego Słońca (1000 W/m^2) na oświetlanej powierzchni rzędu $16 \times 16 \text{ cm}^2$. Stanowisko przystosowane do badania krzemowych i niekrzemowych ogniw fotowoltaicznych o rozmiarach od $1 \text{ cm} \times 1 \text{ cm}$ do maksymalnie $16 \text{ cm} \times 16 \text{ cm}$." stanowił odzwierciedlenie potrzeb Zamawiającego. Niezmiernie ważne dla Zamawiającego było dokonanie opisu cech przedmiotu zamówienia, które mają istotne znaczenie, w sposób jasny i precyzyjny za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Opis przedmiotu zamówienia będący częścią SIWZ nie zawierał zapisów utrudniających uczciwą konkurencję. Zamawiający określił parametry minimalne, które zaproponowana aparatura winna spełniać, oraz nie eliminował konkurencji, gdyż dopuścił zaproponowanie aparatury pracującej w trybie impulsowym lub opcjonalnie w trybie ciągłym. W toku postępowania, żaden z Wykonawców nie skorzystał z art. 38 ust. 1 Pzp i nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, ani nie wniósł odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a także wobec postanowień SIWZ. W związku z powyższym należy wskazać, iż Wykonawcy nie mieli żadnych wątpliwości ani zastrzeżeń wobec SIWZ, co zarazem dowodzi, iż Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazał na wyrok KIO z dnia 17.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 80/07.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż Zamawiający udzielił zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, który spełnił warunki udziału w postępowaniu. Każdy z Wykonawców był traktowany jednakowo, każdy miał zapewniony dostęp do informacji, a stawiane wymagania były takie same dla wszystkich podmiotów. Warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia były związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy w tym okresie, wykonał: dla zadania nr 3 (Dostawa, instalacja i uruchomienie symulatora słońca - stanowiska do cechowania ogniw fotowoltaicznych dla Pracowni Alternatywne Źródła Energii w Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej, a także szkolenie wskazanych osób) co najmniej 1 dostawę aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca), o wartości co najmniej 150 000,00 PLN netto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych PLN). Przywołał wyrok KIO w wyroku z dnia 04.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1602/09.

Zamawiający, w toku prowadzonego postępowania, nie naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego, a następnie odrzucenie jego oferty. W dniu 27.09.2012 r. o godzinie 10:15 nastąpiło otwarcie ofert, które wpłynęły w otwarciu ofert uczestniczył przedstawiciel Odwołującego Pan Z..... K.....

i przedstawiciel Firmy nanotech.biz.pl Pan A..... B..... W toku badania i oceny ofert Zamawiający, w dniu 01.10.2012r., wezwał Odwołującego (zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP) do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów oraz (zgodnie z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 PZP) do złożenia wyjaśnień, gdyż załączony do oferty opis przedmiotu zamówienia zawierał informację „*dostarczymy symulator słońca spełniający wszystkie wymagania SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z dokumentacją i wymaganymi certyfikatami, w szczególności urządzenie będzie posiadało następujące parametry*”, a w niniejszym opisie brakowało ważnych informacji. Wymagane wyjaśnienia wpłynęły w wyznaczonym terminie i Zamawiający w dniu 08.10.2012r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadań nr 1, nr 3, nr 5, nr 6, nr 8 oraz poinformował o unieważnieniu postępowania dla zadania nr 2, nr 4, nr 7, nr 9. W niniejszym zawiadomieniu dla zadania nr 3 Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego ponieważ uznał, że: *„treść oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca zaproponował urządzenie, które posiada niezgodny z wymaganym w SIWZ czas trwania pomiaru, Zamawiający wymagał, aby urządzenia spełniały wymienione w specyfikacji normy i parametry minimalne. Wszystkie wyszczególnione w SIWZ parametry określają normy, które spełnia aparatura w klasie AAA. Należy również do nich jeden z najważniejszych parametrów; czas trwania pomiaru wyraźnie zadany do 5 ms, co oznacza nie przekraczający 5 ms. Zaproponowany w ofercie inny czas trwania pomiaru przekracza ten parametr czterokrotnie*”. Odwołujący w swoim odwołaniu pominął informację, że skorzystał z art. 181 ust. 1 Pzp i poinformował Zamawiającego pismem z dnia 10.10.2012r., które zostało poprawione w dniu 11.10.2012r., że Zamawiający popełnił błąd w interpretacji jednego z parametrów i „*zaoferowany parametr nie powinien być podstawą do odrzucenia oferty*”. Jednocześnie, w dniu 11.10.2012r. Zamawiający otrzymał od Firmy NORDPEAK Sp. z o.o. prośbę o udostępnienie oferty Odwołującego oraz drugie pismo informujące, że INSTYTUT FOTONOWY Sp. z o.o. mógł naruszyć art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (nastąpiło by inne rozstrzygnięcie postępowania i oferta Odwołującego była by ofertą najkorzystniejszą). Mając na uwadze nowe informacje, Zamawiający w dniu 12.10.2012 r. dokonał sprostowania poprzez unieważnienie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 3. W niniejszym sprostowaniu Zamawiający poinformował, że powtórzy czynność badania ofert i dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Na marginesie należy zaznaczyć, że Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia Wykonawców, którzy zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania lub, którzy zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający pierwotnie uznał, że Odwołujący spełnia warunek posiadania

wiedzy i doświadczenia, gdyż w ofercie w wykazie dostaw wskazał, że dostarczył symulator światła słonecznego z oprzyrządowaniem, a referencje potwierdzały, że niniejsza dostawa została zrealizowana należycie. Jednakże w związku z pismem firmy NORDPEAK Sp. z o.o. z dnia 11.10.2012r. podważającym referencje Odwołującego, Zamawiający, w dniu 12.10.2012r. wezwał Odwołującego (na podstawie art. 26 ust.4 i art. 87 ust. 1 Pzp) do wyjaśnienia: *„Na czym polega podobieństwo aparatury, wykazanej w załączonym do oferty wykazie dostaw, do wymaganej przez Zamawiającego aparatury naukowo badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia dla zadania nr 3 (zastosowanie, parametry)”. Celem wezwania było wykluczenie informacji, że mogło dojść do naruszenia przez Odwołującego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i uznanie niniejszych informacji doprowadziło by do innego rozstrzygnięcia postępowania. Z odpowiedzi na niniejsze wezwanie, przesłanej przez Odwołującego w dniu 15.10.2012r., Zamawiający uzyskał informację, że „układ symulatora światła słonecznego dostarczony przez Instytut Fotonowy Sp. z o, o. do pracowni na Wydziale Metali Nieżelaznych w Krakowie jest bardziej zaawansowaną wersją urządzenia zaoferowanego dla zadania nr 3 przetargu ZP/UR/101/2012 i o porównywalnej gęstości mocy światła. Układ ten był zaprojektowany do wykonywania wszechstronnych badań fotoelektrochemicznych na warstwach półprzewodnikowych, w tym na ogniwach fotowoltaicznych w oparciu o lampę ksenonową pracy ciągłej. Dzięki temu precyzja i szybkość wykonywania pomiarów jest lepsza niż przy lampach ksenonowych pracujących w reżimie impulsowym, gdzie niestabilność błysków, udary termiczne i wymuszone czasem trwania impulsu światła krótkie czasy akwizycji danych pomiarowych ograniczają parametry do tych z klasy AAA z normy IEC 60904-9”. Odwołujący nie podał żadnych parametrów aparatury wykazanej w ofercie w wykazie dostaw, a w udzielonych wyjaśnieniach Zamawiający nie znalazł podobieństwa ani w funkcjonalności ani w parametrach, do aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia dla zadania nr 3, W celu potwierdzenia, że aparatura wykazana w wykazie dostaw Odwołującego jest podobna do aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia dla zadania nr 3, Zamawiający w dniu 17.10.2012 r. drogą elektroniczną (email) zwrócił się do Pana dra hab. prof. AGH K..... S..... (wystawcy referencji dla przedmiotowej aparatury) o wskazanie parametrów symulatora światła słonecznego z oprzyrządowaniem dostarczonego przez Instytut Fotonowy Sp. z o.o. w dniu 01.10.2010 r. do pracowni na Wydziale Metali Nieżelaznych w Krakowie. W odpowiedzi Pan dr hab. prof. AGH K..... S..... zwrócił się do Zamawiającego (email z dnia 18.10.2012r.) o udostępnienie tekstu normy IEC 60904-9. Ponieważ jak sam napisał „bez znajomości treści normy nic będzie mógł udzielić pełnej odpowiedzi na zadane pytanie”.*

Zamawiający nie posiada prawa do rozpowszechniania treści niniejszej normy, dlatego w dniu 18.10.2012r. (email) zwrócił się do Pana dra hab. prof. AGH K..... S..... o podanie parametrów bez odnoszenia się do normy. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że jeśli urządzenie dostarczone w ramach niniejszej dostawy nic musiało spełniać tych norm i producent ich nie wykazał to prosi o podanie takich parametrów fizycznych jakie producent (INSTYTUT FOTONOWY Sp. z o.o.) gwarantował na dzień 01.10.2010 r. (tj. dzień dostawy aparatury wykazanej w wykazie dostaw w ofercie Odwołującego). Odwołujący w odwołaniu w odmienny, wrywkowy i lakoniczny sposób przedstawił korespondencję Zamawiającego z Panem dr hab. prof. AGH K..... S..... Ponadto, Odwołujący bezpodstawnie zarzucił Zamawiającemu, że uniemożliwił udzielenie odpowiedzi przez AGH oraz zaniechał rzetelną weryfikację. Należy podkreślić, że Zamawiającemu zależało na ustaleniu stanu faktycznego i właśnie dlatego zwrócił się z niniejszą prośbą do Pana dra hab. prof. AGH K..... S..... (wystawcy referencji dla przedmiotowej aparatury). Prośba Zamawiającego skierowana do Pana dra hab. prof. AGH K..... S..... nie naruszała zasad postępowania. w tym zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający umożliwił Odwołującemu uzupełnienia wyjaśnień przesłanych w dniu 15.10.2012r. ponieważ członek komisji przetargowej Pani M..... P..... – B....., w dniu 18.10.2012r., zwróciła się do Odwołującego o sprecyzowanie parametrów technicznych aparatury wykazanej w ofercie w wykazie dostaw. Należy podkreślić, że Zamawiający dążył do ustalenia stanu faktycznego, jednakże, ani Pan dr hab. prof. AGH K..... S....., ani Odwołujący nie odpowiadali na pisma Zamawiającego. Zamawiający szukał również na stronach Akademii Górniczo - Hutniczej w Krakowie przetargu na symulator światła słonecznego z oprzyrządowaniem, ale bezskutecznie. W związku z brakiem odpowiedzi zarówno ze strony Odwołującego, jak również Pana dra hab. prof. AGH K..... S....., dotyczących parametrów aparatury wykazanej w ofercie w wykazie dostaw, Zamawiający w dniu 26.10.2012r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia „wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (rozdz. III ust. 2 pkt 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, m. in. referencje, protokoły odbioru bez zastrzeżeń”. Ponieważ Zamawiający uznał, że „przedłożony do oferty wykaz dostaw i referencje nie potwierdzają, że Wykonawca dostarczył aparaturę naukowo - badawczą podobną do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w toku badania ofert nie stwierdził podobieństwa ani w funkcjonalności ani w parametrach technicznych (których Wykonawca nie podał) pomiędzy

aparaturą naukowo-badawczą wymienioną w wykazie dostaw Wykonawcy a aparaturą naukowo-badawczą będącą przedmiotem zamówienia opisanym w zadaniu 3 zamówienia ZP/UR/101/2012". Niniejsze wezwanie nie naruszało obowiązujących przepisów w tym względzie. Po przesłaniu niniejszego wezwania Zamawiający w tym samym dniu tj. 26.10.2012r. otrzymał odpowiedź od Pana dra hab. prof. AGH K..... S..... na korespondencję z dnia 17.10.2012r. i 18.10.2012r. dotyczącą prośby o podanie parametrów aparatury wykazanej w ofercie w wykazie dostaw. Natomiast w dniu 28.10.2012r. Zamawiający, a dokładnie członek komisji przetargowej Pani M..... P..... - B..... otrzymała od Odwołującego odpowiedź na pismo z dnia 18.10.2012 r., dotyczące sprecyzowania parametrów aparatury wykazanej w ofercie w wykazie dostaw. W niniejszej odpowiedzi Odwołujący nie odniósł się do przesłanego w dniu 26.10.2012 r. wezwania (zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp) do uzupełnienia dokumentów w niniejszym postępowaniu. W dniu 05.11.2012 r. Odwołujący odpowiedział na wezwanie z dnia 26.10.2012 r. W odpowiedzi tej nie przedstawił nowego wykazu dostaw i nowych referencji, a uznał, że nie zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego, „*że dostarczone referencje nie potwierdzają, że Wykonawca dostarczył aparaturę naukowo - badawczą podobną do przedmiotu zamówienia*". Jednocześnie Odwołujący uznał, iż: „*aparatura dostarczona przez nas na AGH posiada znacznie większe możliwości niż wymagana w zamówieniu publicznym nr ZP/UR/101/2012 dla zadania nr 3*". Odwołujący dodał również, że parametry zostały przesłane Zamawiającemu w dniu 28.10.2012r. Wątpię tu podkreślić, iż Zamawiający do dnia przesłania wezwania, tj. do 26.10.2012r. nie otrzymał od Odwołującego ani od wystawcy referencji Pana dra hab. prof. AGH K..... S..... żadnej odpowiedzi i żadnego parametru aparatury wykazanej w ofercie w wykazie dostaw nie został podany. Właśnie, dlatego w uzasadnieniu wezwania przesłanego w dniu 26.10.2012r. Zamawiający informował Odwołującego, że „*Zamawiający w toku badania ofert nie stwierdził podobieństwa ani w funkcjonalności ani w parametrach technicznych (których Wykonawca nie podał) pomiędzy aparaturą naukowo-badawczą wymienioną w wykazie dostaw Wykonawcy a aparaturą naukowo-badawczą będącą przedmiotem zamówienia opisanym w zadaniu 3 zamówienia ZP/UR/101/2012*". Zamawiający w dniu 08.11.2012 r. zawiadomił o powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 3, w którym wykluczył odwołującego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ponieważ uznał, że: „*przedłożony do oferty wykaz dostaw i referencje nic nie potwierdzają, że Wykonawca dostarczył aparaturę naukowo-badawczą podobną do przedmiotu zamówienia*" i w zw. z tym odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Reasumując, Zamawiający zwrócił uwagę, na bardzo istotny fakt, Odwołujący w odwołaniu podnosi kilkakrotnie, że Zamawiający nie określił zakresu podobieństwa, a jedynie żądał wykazania się doświadczeniem w realizacji dostawy podobnego przedmiotu zamówienia oraz, że bezprawnie po dniu składania ofert dokonał

uszczergówienia wymaganej przez niego definicji dostawy symulatora słońca. Niniejsze twierdzenia nie są zgodne z prawdą, warunki udziału w postępowaniu były określone dla każdego zadania oddzielnie. Przedmiot zamówienia dla każdego zadania był dokładnie, jednoznacznie i wyczerpująco określony w załączniku nr 1.1 do SIWZ. Zamawiający w niniejszym załączniku dokładnie opisywał swoje potrzeby, aby precyzyjnie określić co stanowi przedmiot zamówienia niniejszego postępowania oraz w jakim celu Zamawiający dokonuje zakupu niniejszej aparatury. Odwołujący złożył ofertę na zadania nr 1, nr 3, nr 5 i nr 6, Dla zadania nr 1 i nr 3 złożył wspólnie referencja, a dla zadań nr 5 i nr 6 oddzielne i w tych zadaniach nie miał żadnych wątpliwości i wykazał się poprawną dostawą aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia dla tych zadań. Mając na uwadze poprawność referencji Odwołującego dla zadania nr 5 i nr 6 Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący manipuluje informacjami w odwołaniu i wprowadza w błąd. Zamawiający nie dokonał żadnego bezprawnego uszczergówienia po dniu składania ofert definicji dostawy symulatora słońca, gdyż zgodnie z opisem (załącznik 1.1 do SIWZ) Wykonawca mógł się wykazać dostawą symulatora słońca - stanowiska do cechowania ogniw fotowoltaicznych pracującego w trybie impulsowym lub w trybie ciągłym.

Zamawiający pragnie zauważyć, że zgodnie z Pzp na Wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki[^] o których mowa w art. 22 ust. 1 niniejszej ustawy oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady to nie Zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a ustawy w brzmieniu nadanym nowelą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy „nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy „wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1”. Tym samym, sam fakt nie wykazania spełniania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie spełnienie warunku wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu nie spełniania warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zachodzi w zakresie wskazanym przez Zamawiającego (art. 26 ust. 2a).

Kluczowe i bardzo istotne wiadomości uzyskuje Zamawiający z niniejszego odwołania, gdyż okazuje się, że Odwołujący naruszył art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp i złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 09.03.2011 r. (KIO 371/11) *„informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błędu, co do stanu faktycznego, u odbiorcy informacji. Istotą informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informację, musi on sobie zdawać sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż podawany przez niego i działać w zamiarze wprowadzenia w błąd innej osoby”* Działanie Odwołującego należy uznać za zamierzone, gdyż dążył do uzyskania zamówienia. Odwołujący oświadczył w ofercie w wykazie dostaw i potwierdził w referencjach, iż dostarczył dla AGH symulator światła słonecznego z oprzyrządowaniem natomiast w odwołaniu sam się przyznaje, że był to SPEKTROMETR MODULACYJNY, co wyjaśnia fakt, iż Zamawiający nic mógł odnaleźć przetargu na stronach AGH na symulator światła słonecznego z oprzyrządowaniem.

Odwołujący zaznaczył, że spektrometr modulacyjny zawiera również symulator promieniowania słonecznego. Jednakże analizując opis przedmiotu zamówienia na dostawę SPEKTROMETRU MODULACYJNEGO wraz z zestawem detektorów i źródeł światła dla WMN AGH, Zamawiający ustalił, iż w skład niniejszej aparatury wchodzi oświetlacz ksenonowy z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką, który prawdopodobnie został uznany przez Odwołującego za wykazany w ofercie w wykazie dostaw u Zamawiającego - symulator światła słonecznego z oprzyrządowaniem. Natomiast niniejszy oświetlacz ksenonowy z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką nie jest aparaturą podobną do przedmiotu zamówienia czyli do symulatora słońca - stanowiska do cechowania ogniw fotowoltaicznych. Poniżej, Zamawiający przedstawił szczegółową analizę. Ponadto, Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że Odwołujący w ofercie w wykazie dostaw u Zamawiającego podał wartość dostawy, która zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia (przetarg AGH) odpowiada wartości całego zadania czyli dostawie 1 sztuki spektrometru modulacyjnego wraz z zestawem detektorów i źródeł światła dla WMN. Mając powyższy fakt na uwadze, należy stwierdzić że prawdopodobnie inna jest wartości samego oświetlacza ksenonowego z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką. Być może wartość samego oświetlacza ksenonowego z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką jest niewystarczająca do wartościowego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wyjaśniał niniejszego faktu, ponieważ nie wiedział, iż Odwołujący podał w ofercie w wykazie dostaw nieprawdziwe dane. W załączeniu jako dowód przedstawiamy dokumentację przetargową przetargu ogłoszonego przez AGH tj. ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ z opisem zadania dotyczącego dostawy SPEKTROMERTU MODULACYJNEGO oraz ogłoszenie o udzieleniu

zamówienia z wartością niniejszego zamówienia, która odpowiada wartości wykazanej w ofercie u Zamawiającego w wykazie dostaw.

Poniżej Zamawiający przedstawia szczegółową analizę potwierdzającą, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, ponieważ nie wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał; dla zadania nr 3 co najmniej 1 dostawę aparatury naukowo - badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca), o wartości co najmniej 150 000,00 PLN netto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych PLN).

Odnosząc się do kwestii merytorycznych zawartych w odwołaniu, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że aparatura wykazana w wykazie dostaw nic jest aparaturą podobną do przedmiotu zamówienia. Ponadto Odwołujący sam się przyznał w odwołaniu, że postępowanie prowadzone na AGH dotyczyło dostawy 1 szt. spektrometru modulacyjnego. W tekście odwołania Odwołujący pisze, że: *„Warto wyjaśnić, iż Akademia Górniczo Hutnicza w prowadzonym przez siebie postępowaniu przetargowym nie nazwała zamawianego urządzenia symulatorem słońca, bowiem przedmiotem zamówienia była aparatura o wiele bardziej skomplikowana (pełniąca znacznie więcej funkcji) niż podstawowe rozumienie symulatora światła słonecznego. Symulator promieniowania słonecznego dostarczony na AGH miał stanowić serce systemu do badania warstw półprzewodnikowych. Dla użytkownika (AGH) najważniejszym zastosowaniem zamawianego urządzenia było użycie go w połączeniu z monochromatorem i modulowanymi natężeniowo źródłami światła. Stąd zamawiający - AGH nadał nazwę dla całości urządzenia: spektrometr modulacyjny. Jednakże urządzenie dostarczone przez Odwołującego dla AGH posiada również funkcję układu - testera ogniw fotowoltaicznych”*. Stwierdzeniem tym Odwołujący potwierdza, że referencje zawierają nieprawdziwe dane, ponieważ faktycznie odnoszą się nie do symulatora promieniowania słonecznego z oprzyrządowaniem, a do spektrometru modulacyjnego. Tym samym poprzez manipulacyjne zastosowanie definicji „symulator promieniowania słonecznego” Odwołujący uczynił tożsamym symulator promieniowania słonecznego ze spektrometrem modulacyjnym.

Poniżej Zamawiający przytacza SIWZ przeprowadzonego postępowania przetargowego przez Akademię Górniczo-Hutniczą w Krakowie, nr ZP/0231/2010 w 2010 r., do której odnosi się wykaz dostaw oraz referencje, złożone w ofercie u Zamawiającego, potwierdzające należyte wykonanie zamówienia na spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia dla zadania nr 3 postępowania nr ZP/UR/101/2012. W postępowaniu prowadzonym przez AGH nr ZP/0231/2010 na „ZADANIE NR 3 - Dostawa 1 sztuki

spektrometru modulacyjnego wraz z zestawem detektorów i źródeł światła dla WMN.
Modułowy spektrometr modulacyjny musi zawierać następujące moduły:

1. podwójny detektor elektrochemiczny wg specyfikacji
2. fotodetektor UV- VIS typu diodę array klasy 8453 wg specyfikacji
3. matrycowy oświetlacz LED wg specyfikacji
4. oświetlacz ksenonowy z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką wg specyfikacji
5. źródło potencjału referencyjnego wg specyfikacji
6. źródło mikrofalowe z kontrolą cyfrową wg specyfikacji
7. generator 40 kHz o mocy wyjściowej $\geq 100W$ wg specyfikacji
8. niskociśnieniowa komora robocza z pompą próżniową wg specyfikacji
9. Skomputeryzowany system sterowania eksperymentem wraz z oprogramowaniem pracującym w środowisku MS Windows XP i Linia;

A w nim, zgodnie z ograniczeniem definicyjnym dla symulatora promieniowania słonecznego, które sam Odwołujący przytacza, mamy specyfikację oświetlacza ksenonowego z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką:

4. „Oświetlacz ksenonowy z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką zintegrowany oświetlacz ksenonowy z optyką zwierciadlaną dostosowany do pracy z wysokociśnieniowymi palnikami ksenonowymi XBO150 zasilacz o mocy co najmniej 150 W ze zintegrowanym układem zapłonowym stabilizacja prądu lampy co najmniej 1% zautomatyzowany monochromator siatkowy 300-1000 nm ze zmiennymi szczelinami filtrem odcinającym 550 nm i elektronicznie sterowaną migawką cyfrowa kontrola ustawienia monochromatora z dokładnością przynajmniej 0,1 nm”. Porównanie otrzymanych drogą elektroniczną (email) parametrów referencyjnego urządzenia, jakie Zamawiający otrzymał od Odwołującego i Wystawcy referencji doprowadza Zamawiającego do wniosku, że z zapisu powyższego nie wynika w żadnej mierze stwierdzenie, że referencyjne urządzenie jest symulatorem promieniowania słonecznego. Ponadto podane w wyjaśnieniach, zarówno Odwołującego jak i Wystawcy referencji, parametry aparatury dotyczące wyłącznie definicji symulatora słonecznego, jaką w odwołaniu przytoczył Odwołujący, nie wynikają z parametrów jakie zapisane zostały w SIWZ dla postępowania ZP/0231/2010. Zastanawiające jest dla Zamawiającego w jaki sposób Odwołujący z zapisu SIWZ postępowania nr ZP/0231/2010 przytoczonej powyżej specyfikacji oświetlacza ksenonowego z monochromatorem, zestawem filtrów cut-off oraz migawką pozyskał informacje o parametrach referencyjnego urządzenia zgodnie z przytoczoną przez siebie definicją symulatora promieniowania słonecznego, jak sam pisze już w piśmie z 15.10.2012 r.: w klasie nawet lepszej niż AAA z normy IEC 60904-9.

Aczkolwiek, Zamawiający zwraca szczególną uwagę, iż spektrometr modulacyjny nie jest aparaturą podobną do przedmiotu zamówienia (tj. symulatora słońca) i żadne definicyjne określenie czym jest spektrometr pulsacyjny nie zrówna go funkcjonalnie z symulatorem promieniowania słonecznego. Oba urządzenia służą wprawdzie do prowadzenia badań naukowych, ale ich przeznaczenie i parametry techniczne wyraźnie określają różnicę pomiędzy nimi w przeznaczeniu, funkcjonalności i obszarze prowadzonych badań naukowych. Na podstawie ogólnodostępnego źródła informacji, jakim jest portal WIKIPEDIA Zamawiający przytacza definicję spektrometru. Zgodnie z tłumaczeniem podanym przez Zamawiającego: *Spektrometr (spektrofotometr, spektrograf lub spektroskop) jest instrumentem do pomiaru właściwości światła na określonej części widma elektromagnetycznego, zwykle stosowanym w analizie widmowej w celu identyfikacji materiałów. [I] najczęściej mierzona jest wartość natężenia światła, ale również, na przykład, może być mierzony stan polaryzacji. Zmienną niezależną jest zazwyczaj długość fali światła wprost proporcjonalna do energii fotonu, wyrażona w elektronowoltach lub liczbie falowej. W spektroskopii stosuje się spektrometry do wytwarzania linii widmowych i pomiaru ich długości fali i natężenia. Spektrometr to termin, który stosuje się do aktów, które działają w szerokim zakresie długości fal od promieniowania gamma i rentgenowskiego do dalekiej podczerwieni. (...).* Odwołujący na stronie internetowej swojej firmy INSTYTUT FOTONOWY sp. z o.o. podaje swoją definicję impulsowego spektrometru fotoelektrycznego, i poprzedza ją następującym komentarzem (http://fotonowy.pl/index.php?mam_page=product_inth&cPath=14&products_id=34): *„Impulsowy spektrometr fotoelektryczny został wymyślony przez prof. K..... S..... (AGH UJ) i wykonany w Instytucie Fotonowym. Służy on do automatycznego badania własności elektrycznych (fotonapięcie, fotoprąd) półprzewodników szerokopasmowych pod wpływem światła. Przedstawione poniżej urządzenie emituje silne światło z zakresu W, VIS i NIR, którym oświetla się próbki badane przy pomocy potencjostatu”.* Mamy tu niezbitą dowód na to, że pomysłodawcą aparatury naukowo-badawczej bardzo podobnej do rzeczywistego referencyjnego urządzenia jest dr hab. prof AGH K..... S....., który referencyjnemu urządzeniu wystawił referencje. Zamawiający nie neguje tego, że w prawie polskim o zamówieniach publicznych nie ma w podobnym przypadku konfliktu interesów, niemniej jednak żywa współpraca naukowo-techniczna, podczas budowy i przyjmowania Protokołu Odbioru *impulsowego spektrometru fotoelektrycznego*, Wystawcy referencji i Odwołującego mogła być przesłanką do subiektywnego oceniania jakości i staranności wykonania stworzonego przez siebie dzieła przez konstruktora i pomysłodawcę oraz Wystawcę referencji w jednej i tej samej osobie prof. S.....

Na stronie [www](http://www.eyesolarlux.com/Solar-simulation-) bardzo popularnego producenta dydaktycznych systemów symulujących promieniowanie słoneczne <http://www.eyesolarlux.com/Solar-simulation->

ASTM-IEC-JIS.htm znajduje się definicja symulatora promieniowania słonecznego wraz z określeniem klas symulatorów promieniowania słonecznego: Zgodnie z tłumaczeniem podanym przez Zamawiającego: „Symulacja promieniowania słonecznego to znacznie więcej niż tylko wybór źródła światła o widmie „dobrze wyglądającym” Całą przesłanką symulacji energii słonecznej jest replikować, tak dokładnie jak to możliwe, wpływ światła słonecznego na rzeczywisty produkt lub materiał PV. Kiedy chcemy zmierzyć szkodliwe skutki promieniowania UV lub korzystny sygnał na wyjściu z paneli fotowoltaicznych, dane muszą odpowiadać aktualnemu rzeczywistemu promieniowaniu słonecznemu i być powtarzalne. Z tego powodu, opracowano międzynarodowe normy, które standaryzują symulację oświetlenia słonecznego. Istnieją trzy kategorie, które są używane do klasyfikacji systemów symulujących promieniowanie słoneczne: Dopasowanie Widmowe, Niejednorodność natężenia oświetlenia i Czasowa Niestabilność. Dla każdej z tych kategorii określone są trzy klasy: klasa A, klasa B, i klasa C Klasę systemu symulacji promieniowania słonecznego na podstawie wyników dla określonych klasyfikacji dla każdej z tych trzech kategorii opisują trzy litery. Pierwsza litera odpowiada spektralnemu dopasowaniu, druga odnosi się do niejednorodności natężenia oświetlenia, a trzecia do stabilności czasowej. Na przykład, system w szczególności może mieć klasyfikację BBA, oznaczającą, że dopasowanie widmowe jest klasy B, niejednorodność natężenia oświetlenia badanej powierzchni jest klasy B i stabilność czasowa jest klasy równej A.”(...).

| Perfomiancc | Standards Organization | | |
|----------------------------|------------------------|-----------|-----------|
| | ASTM | IPC | JIS |
| Spectral match | | | |
| Class A | 0.75-1.25 | 0.75-1.25 | 0.75-1.25 |
| Class B | 0.6-1.4 | 0.6-1.4 | 0.6-1.4 |
| Class C | 0.4-2.0 | 0.4-2.0 | 0.4-2.0 |
| Irradiation non-uniformity | | | |
| Class A | ≤3% | ≤2% | ≤ 2% |
| Class B | <5% | ≤5% | ≤3% |
| Class C | ≤10% | ≤10% | ≤ 10% |
| Temporal instability | | | |
| Class A | ≤2% | ≤2% | ≤1% |
| Class B | ≤5% | ≤ 5 % | <3% |
| Class C | ≤10% | ≤10% | ≤10% |

Zamawiający przytoczył tabelę klasyfikującą symulatory promieniowania słonecznego również z tej samej strony (<http://www.eyesolarlux.com/Solar-simulation-ASTM-IEC-JIS.htm>) by wskazać, że zgodnie z zacytowaną przez Odwołującego definicją z normy IEC, symulator promieniowania słonecznego wymieniony u Zamawiającego w ofercie w wykazie dostaw powinien spełniać minimalne parametry z klasy CBA, co wynika z dalszych informacji z przytoczonego portalu, które również można znaleźć na innych stronach www

i opracowaniach naukowych. Zgodnie z tym, na podstawie pierwszej definicji symulatora promieniowania słonecznego zacytowanej przez Odwołującego po analizie przeprowadzonej w wyniku powtórzonej czynności badania ofert na podstawie uzyskanych od Zamawiającego oraz Wystawcy referencji wyjaśnień na temat parametrów referencyjnej aparatury z dnia 28.10.2012 oraz 26.10.12 odpowiednio, Zamawiający bezsprzecznie konkluduje, że aby referencyjny symulator promieniowania słonecznego mógł nosić miano symulatora promieniowania słonecznego zgodnie z tą definicją winien być klasy CBA. Jeśli dodać, nieuzasadnione, bo nie poparte wynikami liczbowymi opinie Odwołującego, że referencyjny symulator promieniowania słonecznego jest w klasie AAA jak sam Odwołujący twierdzi, dzięki ciągłemu trybowi pracy referencyjnego symulatora *„precyzja i szybkość wykonywania pomiarów jest lepsza niż przy lampach ksenonowych pracujących w reżimie impulsowym, gdzie niestabilność błysków, udary termiczne i wymuszone czasem trwania impulsu światła krótkie czasy akwizycji danych pomiarowych ograniczają parametry do tych z klasy AAA z normy IEC 60904-9 ”* Oznacza to, że każdy z koniecznych warunków spełniony jest w klasie A. Niestabilności czasowej Odwołujący nic wyznaczył, stwierdził w Odwołaniu, że dla konstrukcji lampy i dla konstruktora urządzenia łatwo ją wyznaczyć, jednak nie przytoczył jej. By referencyjny symulator mógł być symulatorem promieniowania słonecznego w klasie AAA, jak twierdzi w piśmie z 15.10.2012 r., Odwołujący, musi spełniać warunek niejednorodności natężenia oświetlenia w klasie A i warunek dopasowania widmowego w klasie A. Dla referencyjnego symulatora nie wyznaczono niejednorodności natężenia oświetlenia i nie wiadomo ile ona wynosi.

Reasumując, referencyjny symulator nie spełnia wymaganych warunków, by można było go zakwalifikować do klasy AAA, Jedyne co łączy obie aparatury: rzeczywistą referencyjną, którą jest spektrometr modulacyjny i fałszywą referencyjną, którą jest symulator promieniowania słonecznego jest zakres widmowy i tu zakres widmowy symulatora promieniowania słonecznego, mieści się w zakresie widmowym rzeczywistego referencyjnego spektrometru pulsacyjnego. Przytaczając z treści specyfikacji opis dla oświetlacza ksenonowego, który stanowi serce układu i jest w rozumieniu Odwołującego symulatorem promieniowania słonecznego Zamawiający nie stwierdza podobieństwa w zakresie definicji przytoczonej przez Odwołującego do symulatora słońca wymienionego w warunku spełniania wiedzy i doświadczenia dla zadania nr 3 ZP/UR/101/2012. Zamawiający, w osobie członka komisji przetargowej[^] na podstawie wieloletniego doświadczenia, wiedzy i umiejętności w testowaniu ogniw fotowoltaicznych zdobytej podczas stażu w Centrum NRS w Strasbourgu we Francji w 1998 roku oraz podczas fotowoltaicznych warsztatów NATO dotyczących systemów fotowoltaicznych, odbytych w 2001 roku w Sozopolu w Bułgarii, innych wyjazdów konferencyjnych, dorobku własnego naukowego i dydaktycznego stwierdza, że nie istnieje podobieństwo pomiędzy referencyjnym

urządzeniem i tym, dla którego Odwołujący podał parametry fizyczne w odpowiedzi z dnia 28.10.2012 roku po uzupełnieniu ich odpowiedziami Wystawcy referencji z 26.10.2012 roku w zakresie, jaki tiara Odwołujący przytoczonymi definicjami określił. Zgodnie z Rozdz. 3, Art. 7, pkt 6 i 7 ustawy z dnia 12 września 2002 r. Odwołujący może odnosić się do odpowiedniej normy IEC 60904-9 oraz jej równoważnej PN-EN 60904-9 na zasadzie deklaracji zgodności, która nie upoważnia do oznaczenia wyrobu znakiem zgodności, o którym mowa w ust. 1 przytoczonego Art. 7. pod warunkiem, że taką deklarację zgodności co do normy PN-EN 60904-9 i równoważnej jej normy IEC 60904-9 uzyskał i ją posiada. W przeciwnym wypadku odnoszenie się do normy IEC 60904-9 bez posiadania deklaracji zgodności jest nieuprawnione i bezpodstawne. Jediną uprawnioną instytucją w Rzeczypospolitej Polskiej do udostępniania treści norm jest Polski Komitet Normalizacyjny, który jest jedynym właścicielem praw autorskich do polskich norm, Zgodnie z art.5 ust.5 ustawy z dnia 12 września 2002 roku o normalizacji polskie normy są chronione prawem autorskim, jak utwory literackie, a prawa majątkowe do nich przysługują Polskiemu Komitetowi Normalizacyjnemu (PKN). Wydawanie i rozpowszechnianie na dowolnym nośniku (papierowym lub elektronicznym) polskich norm wymaga uzyskania zgody PKN. Członek komisji przetargowej nie posiada zgody PKN na rozpowszechnianie treści norm, dlatego ich profesorowi S..... nie udostępnił, choć profesor S..... o treść norm Zamawiającego prosił.

Zarzut „zaniechania przez Zamawiającego rzetelnej weryfikacji urządzenia” został tu zrównany z zarzutem zaniechania przez Zamawiającego złamania prawa autorskiego, a dalej prawa majątkowego i jest w końcowym rozrachunku urągającym zarzutem wobec Zamawiającego i pretensją z jakiej przyczyny Zamawiający nic złamał prawa autorskiego i majątkowego PKN? Odwołujący twierdzi, że parametry na potwierdzenie klasy referencyjnego urządzenia potrafi oszacować, w odwołaniu jednak tego nie uczynił, a ograniczył się wyłącznie do jakościowego ich Opisu. Warunek dopasowania widmowego, z pewnością nie jest spełniony ze względu na zakres pracy referencyjnego urządzenia, jak podaje Wystawca referencji zakres ten wynosi „od ultrafioletu do widzialnego”. Czy jest to widmo AM 1.5 w klasie przynajmniej C (by odnieść się do definicji, jaką przytoczył w treści odwołania Odwołujący, zgodnie z normą IEC 60904-9 potrzebne są testy laboratorium certyfikującego, a jak wiemy z lektury wyjaśnień i tekstu Odwołania, testów takich aparatura referencyjna nie przechodziła. Na podstawie powyższego Zamawiający stwierdza, że referencyjny symulator promieniowania słonecznego nie jest symulatorem promieniowania słonecznego w rozumieniu definicji, którą sam Odwołujący przytoczył, ponieważ na trzy warunki konieczne do spełnienia wymienione przez Zamawiającego nie są spełnione dwa: na niejednorodność natężenia oświetlenia i na stabilność czasową, warunek na

dopasowanie widmowe jest spełniony w zakresie od ultrafioletu do widzialnego, a nie w pełnym zakresie widmowym, jak wynika z wyjaśnień prof. S.....

Zamawiający podkreśla, że w treści całego STWZ dla zadań zarówno pierwszego, jak i drugiego używał konsekwentnie jednego terminu dla określenia przedmiotu zamówienia, tj. symulator słońca - układ do testowania ogniw fotowoltaicznych. Termin „*symulator słońca*” jest potoczna nazwą stosowana przez wielu producentów tego typu aparatury stąd zarzut Odwołującego dotyczący nieprecyzyjnego określenia dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreśla, że większym błędem ze strony Odwołującego było tożsame stosowanie w wykazie dostaw, referencjach, wyjaśnieniach i treści Odwołania terminów: „*symulator promieniowania słonecznego z oprzyrządowaniem*”, „*układ do badań fotoelektrochemicznych*” czy „*spektrometr pulsacyjny*”. Zrównanie definicyjne tych terminów, jak powyżej wykazał Zamawiający jest niemożliwe, ponieważ inne jest przeznaczenie tej aparatury, różnią ją parametry fizyczne, a jedyną cechą wspólną jest to, że każda z nich wyposażona jest w źródło światła, w tym przypadku oświetlacz ksenonowy.

Zamawiający wyjaśnia, że badanie ofert nic dotyczyło wszystkich parametrów. Nie zostały porównywane pod kątem podobieństwa te parametry, które w naturalny, bo związany z trybem pracy lampy ksenonowej (impulsowym czy też stałym) różnią się między sobą i nie sposób ich porównywać. Zamawiający wyraźnie zapisał tę informację w pkt 5 ogłoszenia wyniku powtórnego badania ofert z dnia 08.11.2012 r. i doprawdy nie rozumie dlaczego na opak Odwołujący interpretuje zarzut, w którym Zamawiający ewidentnie opowiada się po stronie Odwołującego. Parametry te wymienione zostały w pkt 5 uzasadnienia odwołania wykluczenia Odwołującego z postępowania z dnia 26.10.2012 r. Interpretacja tegoż 5 punktu, jaką zaprezentował Odwołujący w odwołaniu wprawiła Zamawiającego w osłupienie i niedowierzanie, że aż tak można przeinaczać ten zapis, by znów wygenerować niesłuszny wobec zamawiającego, nieprawdziwy zarzut. Wszystko co zapisane w rzeczonym punkcie 5, jest wnioskiem stojącym po stronie Odwołującego i inaczej tego zrozumieć nie można. To, że w swojej ofercie dla Zamawiającego dla zadania nr 3 Odwołujący zaproponował skrajnie inne urządzenie niż referencyjne, bo pracujące w trybie impulsowym, jest stwierdzeniem a nie ciosem wymierzonym w Odwołującego. Odwołujący wybrał zgodnie z SIWZ przedmiotu zamówienia dla zadania nr 3 postępowania ZP/UR/101/2012 jeden z dwóch wskazanych w SIWZ trybów pracy przedmiotu zamówienia i Zamawiający wskazał wyłącznie różnicę w trybach pracy urządzenia referencyjnego i tego, którego dostawę zaproponował Odwołujący.

Zamawiający w SIWZ podał własną definicję symulatora słońca, który jest przedmiotem zamówienia. Opisu tego nie można traktować rozłącznie ze specyfikacją warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przy wykazywaniu dostawą podobnej do tak zdefiniowanego *symulatora Słońca czyli urządzenia pozwalającego określać*

standaryzowane parametry ogniw fotowoltaicznych, z doskonałą precyzją imitującego warunki AM 1.5G" jako aparatury naukowo-badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia, czyli symulatora słońca. Mimo wyraźnego podkreślenia przeznaczenia i funkcjonalności zamawianego urządzenia Odwołujący ten fragment opisu pominął, a wskazaną przez zamawiającego definicję symulatora słońca całkowicie i z premedytacją zignorował. Pomimo ogólnej definicji: symulator słońca, jaka pojawiła się w SIWZ w opisie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia dla zadania nr 3, łącznie ze szczegółowym opisem zamawianej aparatury naukowo-badawczej dla zadania 3 nie sposób doszukiwać się innego zastosowania symulatora słońca jak tylko opisanego w SIWZ, czyli układu do testowania ogniw fotowoltaicznych, który będzie jednym z dwóch zasadniczych układów pomiarowych, jakie znajdują się w utworzonym w przyszłości certyfikowanym laboratorium, którym będzie jednostka do certyfikowania ogniw i modułów fotowoltaicznych. Wyłącznie takie zastosowanie, jak wynika z opisu i parametrów SIWZ jest tu brane pod uwagę i inne zastosowanie jakie Odwołujący rozumie pod pojęciem symulator słońca dla zadania nr 3 jest żenujące i uchybia etyce przedsiębiorcy z poważną liczbą wyprodukowanej przez siebie aparatury, która wyposaża wiele jednostek naukowych, badawczych i dydaktycznych. Niezrozumiałym dla Zamawiającego jest tak lekceważące odniesienie Odwołującego do przedmiotu zamówienia dla zadania 3 aparatury, która również będzie stanowić wyposażenie jednostki naukowo-badawczej, jaką jest Centrum Innowacji i Transferu Wiedzy Techniczno-Przyrodniczej Uniwersytetu Rzeszowskiego i podawanie przykładów zastosowań symulatorów słońca innych niż do celów przeprowadzania certyfikowanych testów ogniw fotowoltaicznych, jak: *„wykorzystywane w badaniach odporności starodruków na promieniowanie słoneczne (używane m. In. w Pracowni Badań nad Trwałością i Degradacją Papieru na Wydziale Chemii UJ), Są też symulatory do badania trwałości barwników tkanin lub koloru podeszw butów stosowane w przemyśle odzieżowym i obuwniczym, Warto również wspomnieć, iż dobieranie kolorów lakierów samochodowych odbywa się przy pomocy symulatorów promieniowania słonecznego”* jest tu dla Zamawiającego pełną nieumiejętnością czytania treści specyfikacji i wymogów co do zamawianej aparatury zgodnie z przedmiotem zamówienia a nie jakichkolwiek określonych inną i niepożądaną przez Zamawiającego funkcjonalności

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ofertą Odwołującego, informacją z otwarcia ofert z dnia 27.09.2012 r., protokołem Komisji Przetargowej z dnia 28.09.2012 r., wezwaniem z dnia 01.10.2012 r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp oraz oddzielnym w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanym do Odwołującego, odpowiedziami z dnia 05.10.2012 r., wyborem oferty najkorzystniejszej

z dnia 08.10.2012 r., pismem Odwołującego z dnia 11.10.2012 r., unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 08.10.2012 r. w zakresie zadania 3 – czynność z dnia 12.10.2012 r., pismem Przystępującego z dnia 11.10.2012 r., wezwaniem z dnia 12.10.2012 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanym do Odwołującego, odpowiedzią z dnia 15.10.2012 r., wezwaniem z dnia 26.10.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanym do Odwołującego, korespondencją prowadzoną między Zamawiającym, a wystawcą referencji załączonej do wykazu dostaw przez Odwołującego (prowadzonej przed i po wezwaniu z dnia 26.10.2012 r.), odpowiedzią Odwołującego z dnia 05.11.2012 r., wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 08.11.2012 r. w zadaniu 3, odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu w zadaniu 3, a jego oferta została odrzucona i nie podlegał klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w zadaniu 3, tym bardziej, że jego oferta była najkorzystniejsza cenowo.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2548/12, postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, oferty Odwołującego, informacji z otwarcia ofert z dnia 27.09.2012 r., protokołu Komisji Przetargowej z dnia 28.09.2012 r., wezwania z dnia 01.10.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz oddzielnego w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi z dnia 05.10.2012 r., wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 08.10.2012 r., pisma Odwołującego z dnia 11.10.2012 r., unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 08.10.2012 r. w zakresie zadania 3 – czynność z dnia 12.10.2012 r., pisma Przystępującego z dnia 11.10.2012 r., wezwania z dnia 12.10.2012 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowanego do Odwołującego, odpowiedzi z dnia 15.10.2012 r., wezwania z dnia 26.10.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowanego do Odwołującego, korespondencji prowadzonej między Zamawiającym, a wystawcą referencji załączonej do wykazu dostaw przez Odwołującego

(prowadzonej przed i po wezwaniu z dnia 26.10.2012 r.), odpowiedzi Odwołującego z dnia 05.11.2012 r., wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 08.11.2012 r. w zadaniu 3, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 90-134939 z dnia 08.05.2010 r., SIWZ z dnia 28.04.2012 r., jak i ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 23-036399 z dnia 03.02.2011 r.).

Izba odmówił przeprowadzenia wnioskowanego dowodu z opinii biegłego na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp uznając, iż fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone już innymi dowodami, a sam dowód został powołany, w ocenie Izby, jedynie dla zwłoki. Dodatkowe uzasadnienie w tym zakresie znajduje się w dalszej części uzasadnienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zgodnie z Rozdz. II: „PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA” ust. 2: „SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA dla danego zadania - stanowi załącznik nr 1.1 do SIWZ”. Z kolei w ramach Rozdz. III Zamawiający ustalił: „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, OPIS SPOSOBU DOKONANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW, WYMAGANE DOKUMENTY I OŚWIADCZENIA, POTWIERDZAJĄCE SPEŁNIENIE TYCH WARUNKÓW ORAZ INNE DOKUMENTY, KTÓRE NALEŻY DOŁĄCZYĆ DO OFERTY”.

Stwierdził w ust. 2 powyższego rozdziału SIWZ, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)”. W dalszej części poniżej zawarł w ramach tabeli – Warunki wymagane do pełnienia przez Wykonawcę (rubryka B – tabeli) – m.in. dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia (w pkt 1 tabeli). Określił także opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków (rubryka C – tabeli). W jego ramach dla warunku - dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia – określił następujący opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków: „Zamawiający uzna, że warunek jest spełniony, gdy: 1. Wykonawca oświadczy, że posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłową realizację zamówienia
2. Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał: (...)
c) dla zadania nr 3 co najmniej 1 dostawę aparatury naukowo – badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca), o wartości co najmniej 150 000,00 PLN netto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych PLN) (...)

Zamawiający dokona oceny spełnienia tych warunków na podstawie złożonych dokumentów i oświadczeń metodą 0-1 w sposób: spełnia/nie spełnia.

Wartości podane w walutach obcych w dokumentach składanych przez Wykonawców w ramach niniejszego postępowania Zamawiający będzie przeliczał po średnim kursie NBP na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (TED)”.
Następnie w ust. 3 Rozdz. III – „Dokumenty i oświadczenia”, Zamawiający zawarł regulacje zgodnie z którą: „a) do oferty należy dołączyć następujące dokumenty i oświadczenia, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia: (...)”. W dalszej kolejności Zamawiający sprecyzował niniejsze dokumenty w tabeli – określając wymagane dokumenty lub oświadczenia – a ściślej: „Dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu:”. W pkt 1 tabeli umiejscowił postanowienie SIWZ zgodnie z którym należało przedłożyć wraz z ofertą: „Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (rozdz. III ust.2 pkt 1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, m.in. referencje, protokoły odbioru bez zastrzeżeń;”(stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ), zaś w pkt 4 tabeli postanowienie zgodnie z którym należało przedłożyć także wraz z ofertą: „Oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu” (stanowiące załącznik nr 2.1 do SIWZ).

Odwołujący załączył do swojej oferty w zakresie zadania 3 – wykaz dostaw dla zadania m.in. 3 /stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ/ (str. 9 oferty): „wykonanych lub wykonywanych przez nas w ciągu ostatnich trzech lat o zakresie i wartości (każda z nich) podobne do przedmiotu niniejszego zamówienia (potwierdzające spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia – rozdz. III, ust.2, pkt 1, ppkt 2)”. W jego ramach wykazał – symulator światła słonecznego z oprzyrządowaniem – data wykonania lub wykonywania (rozpoczęcia i zakończenia) /01.10.2010 r./, wartość brutto zamówienia realizowanego przez oferenta – 690.000,- zł; zleceniodawca – Wydział Metali Niezależnych AGH, al. Mickiewicza 30,30-059 Kraków, prof. dr hab. K..... S....., oświadczenie z dnia 25.09.2012 r.

w załączeniu (na str. 7 oferty): „niniejszym oświadczam, że firma Instytut Fotonowy sp. z o.o. dnia 1 października 2010 roku dostarczyła do mojego laboratorium symulator światła słonecznego z oprzyrządowaniem o wartości 565573.77 zł netto (pięćset sześćdziesiąt pięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt trzy złote 77/100) czyli 690 000 zł brutto

(sześćset dziewięćdziesiąt tysięcy złotych).” Dodatkowo, Odwołujący załączył do oferty (str. 30 oferty) oświadczenie o spełnianiu warunków z art. 22 ust. 1 pkt 2-4 (załącznik nr 2.1 do SIWZ). W dniu 01.10.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający w zakresie zadania m.in. 3 do złożenia - dokumentu potwierdzającego, że dostawa (dla danego zadania m.in. nr 3) została wykonana należycie (np. referencje, protokoły odbioru bez zastrzeżeń). Stwierdził, że Wykonawca przedłożył do oferty oświadczenie, które jedynie potwierdza fakt dostarczenia, ale nie potwierdza należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W dniu 05.10.2012 r. Odwołujący uzupełnił referencje zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. W jej ramach dopisano zdanie – dostawa została zrealizowana z należyłą starannością. W dniu 12.10.2012 r. Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 08.10.2012 r. w zakresie zadania 3 /pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej/.

W dniu 11.10.2012 r. Zamawiający otrzymał pismo Przystępującego – wskazujące na ziszczenie się przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w stosunku do Odwołującego w odniesieniu do wykazanej dostawy dla zadania 3. W konsekwencji powyższego Zamawiający wezwał w dniu 12.10.2012 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp Odwołującego do wyjaśnienia – na czym polegało podobieństwo aparatury wykazanej w załączonym do oferty wykazie dostaw, do wymaganej przez Zamawiającego aparatury naukowo badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia dla zadania 3 (zastosowanie, parametry). W dniu 15.10.2012 r. Odwołujący udzielił stosownej odpowiedzi przedstawiając dane w tym zakresie. Zamawiający uznał niniejsze dane za niespełniające sformułowanego wymogu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia i wezwał w 26.10.2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Odwołującego do złożenia nowego wykazu dostaw dla zadania 3: *„Zamawiający w toku badania nie stwierdził podobieństwa ani w funkcjonalności ani w parametrach technicznych (których Wykonawca nie podał) pomiędzy aparaturą naukowo-badawczą wymienioną w wykazie dostaw Wykonawcy a aparaturą naukowo-badawczą będącą przedmiotem zamówienia opisanym w zadaniu 3 zamówienia (...)”*. Zamawiający jednocześnie prowadził korespondencje z wystawcą referencji załączonej do wykazu dostaw przez Odwołującego (przed i po wezwaniu z dnia 26.10.2012 r.), W dniu 05.11.2012 r. Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26.10.2012 r. zanegował trafność postawionej tezy. W dniu 08.11.2012 r. Zamawiający dokonał wyborem oferty najkorzystniejszej w zadaniu 3 w ramach, której wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu w tym zadaniu i odrzucił jego ofertę.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego, a następnie odrzucenie jego oferty w zadaniu 3, Izba uznała w/w zarzut za zasadny, w konsekwencji uwzględniając

odwołanie. Na marginesie Izba wskazuje, że właściwie Odwołujący podniósł naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp czyli niezasadne odrzucenie będące konsekwencją naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, czyli niezasadnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie zadania 3. Wskazana przez Zamawiającego w ramach czynności z dnia 08.11.2012 r. podstawa prawna, tj. art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp ma zastosowanie tylko i wyłącznie do postępowań etapowych takich, jak przetarg ograniczony, a nie do przetargu nieograniczonego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania należy stwierdzić, że zasadnie Odwołujący podnosił w odwołaniu, że jego wykluczenie z postępowania w zadaniu 3 i odrzucenie oferty było oparte o zakres podobieństwa do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca), który nie wynikał z postanowień SIWZ, a który zostało doprecyzowany przez Zamawiającego po terminie składania ofert. Niezrozumiałym jest stanowisko Zamawiającego, który nie rozumie swoich uchybień w tym zakresie zawartych w postanowieniach SIWZ i brak precyzji w sformułowaniu - *„aparatury naukowo – badawczej podobnej do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca)”*. Podobnie, Izba podnosiła w wyroku z dnia 16.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1108/10: *„(...) Brak bowiem określenia, co rozumie Zamawiający pod pojęciem „(...)” w treści samego warunku, nie powoduje automatycznej konieczności odwołania się do przedmiotu zamówienia. Izba neguje dopuszczalność stawiania warunku odnośnie podobnego charakteru robót na zasadzie „automatyzmu”, tj. poprzez generalne odwołanie się do przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem żądać, aby uczestnicy postępowania przetargowego musieli wykazać się na potwierdzenie spełniania warunku zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Wynika to z faktu, iż zasadniczo nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień (podobnie wyrok KIO z dnia 21.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1257/08, czy też wyrok KIO z dnia 19.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1966/09)”*.

Izba wielokrotnie i niezmiennie określała w swoim orzecznictwie konieczność precyzji i jednoznaczności formułowania postanowień dotyczących wymaganej wiedzy i doświadczenia. Izba nie rozpatruje intencji Zamawiającego, ale istniejące postanowienia SIWZ. Zamawiający *post factum* dokonuje skorelowania sformułowanego wymogu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 3 wynikającym z załącznika nr 1.1 SIWZ. Nie dostrzega przy tym, że taka korelacja musi być oczywista (a z całą pewnością taka nie jest), a nadto że wymóg zgodnie z art. 22 ust.4 Pzp musi być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego, a nie z nim tożsamy (a do tego zmierzała argumentacja – tak z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 08.11.2012 r. zawierającej także wykluczenie Odwołującego

z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty w zadaniu 3, jak i odpowiedzi na odwołanie).

Izba podkreśla, że sam Zamawiający na potrzeby postępowania odwoławczego zmienił minimalny zakres koniecznego podobieństwa wykazywanej dostawy – raz w ramach czynności z dnia 08.11.2012 r. przedstawiając w tym zakresie pięć szczegółowych i rozbudowanych punktów, które nie spełniało urządzenie dostarczone przez Odwołującego w ramach przedstawionej dostawy dla zadania 3, aby z kolei na rozprawie twierdzić, że wystarczyło jako minimum spełnienie 3 punktów do uznawania, że mamy do czynienia z aparaturą naukowo – badawczą podobną do przedmiotu zamówienia (tj. symulatorów słońca). Takie działanie z jego strony, to kolejny przejaw braku konsekwencji w jego działaniu, jak i wyraz błędów po jego stronie), gdyż nie określił zakresu podobieństwa np. poprzez wskazanie 3 parametrów wynikających z normy IEC /1- w zakresie dopasowania widmowego, 2 - niejednorodność oświetlenia, 3 - czasowej niestabilności [oznaczenia literowe CBA]/.

Izba podkreśla, za orzecznictwem KIO, jak i sądów powszechnych, że wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. Podobnie, Izba wskazał w wyrokach przywołanych powyżej, jak i w wyroku z dnia 05.05.2011r., sygn. akt: KIO 809/11: „(...) *Należy w tym miejscu zauważyć, że Zamawiający nie zdefiniował co rozumie przez „realizacje”, w konsekwencji, biorąc pod uwagę ukształtowaną przez orzecznictwo zasadę, że niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawców (...)*”.

Identycznie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: „*Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis „mające wpływ”), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis „mogące mieć wpływ”), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości*

Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający.”

Z tych samych względów, nie ma możliwości powołania biegłego, gdyż tylko, gdy definicja symulatora słońca, a ściśle zakresu podobieństwa dla potrzeb wymogu wymaganej wiedzy i doświadczenia byłaby ustalona takie działanie byłoby celowe.

Postępowanie Zamawiającego, który na rozprawie starał się maksymalnie zawęzić definicje symulatora słońca, wymaganego podobieństwa, jest spóźnione, w ocenie Izby, co do zasady Odwołujący mógł się wykazać dostawą urządzenia spełniającym cechy symulatora słońca nawet w niewielkim zakresie, tzn. w jakimkolwiek pojedynczym zakresie.

Izba zastrzega, że rozpatrywała odwołanie ściśle w zakresie sformułowanego zarzutu wynikającego z zaskarżonej czynności Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty w zadaniu 3 i nie brała pod uwagę zarzutów nie zawartych w odwołaniu i nie będących podstawą działania Zamawiającego. Zakres wyrokowania nie obejmuje innych okoliczności, które nie były podstawą czynności Zamawiającego z dnia 08.11.2012 r.

Z tych względów bez znaczenia dla przedmiotu sporu mają czynności Zamawiającego takie jak wezwanie z dnia 01.10.2012 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp skierowane do Odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 08.10.2012 r., pisma Odwołującego z dnia 11.10.2012 r.

Izba wskazuje, że bez znaczenia dla przedmiotu sporu mają dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego (ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 90-134939 z dnia 08.05.2010 r., SIWZ z dnia 28.04.2012 r., jak i ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 23-036399 z dnia 03.02.2011 r.), jak i błędne założenia początkowe dokonane przez Zamawiającego, jak i Przystępującego wynikające z korespondencji prowadzonej przed czynnością Zamawiającego z dnia 08.11.2012 r. Zamawiający domagał się bowiem wykazaniem parametrów, które nie zostały wskazane jako konieczne do oceny dla wykazania - w ramach tabeli - rozdz. III ust.2 pkt 1 ppkt 2 lit. c SIWZ. Żadne odwoływanie się do wiedzy ogólnej wobec powyższego braku precyzji nie mają żadnego merytorycznego znaczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....