

POSTANOWIENIE

z dnia 27 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **27 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2013 r. przez HEWALEX Spółka z o.o., sp. k. ul. Słowackiego 33 43-502 Czechowice-Dziedzice, w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Hajnówka, Aleksego Zina 1 17-200 Hajnówka,

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie;**
- kosztami postępowania obciąża HEWALEX Spółka z o.o., sp. k. ul. Słowackiego 33 43-502 Czechowice-Dziedzice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez HEWALEX Spółka z o.o., sp. k. ul. Słowackiego 33 43-502 Czechowice-Dziedzice tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Gminę Miejską Hajnówka na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej ustawa, Pzp), którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż zestawów kolektorów słonecznych służących do podgrzewania wody użytkowej w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych (296 szt.) i w budynkach użyteczności publicznej (10 szt.) oraz rozruch technologicznych tych instalacji”. Odwołujący - HEWALEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z Czechowic-Dziedzic stwierdził, że w tym postępowaniu Zamawiający nie zasadnie odrzucił rozwiązania równoważne wobec przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem wynika to z wyjaśnienia do specyfikacji [odpowieź w dniu 30.07. 2013 r.], w których Zamawiający podał, że nie dopuszcza zastosowania kolektorów o harfowym układzie absorbera. Zdaniem wykonawcy narusza to art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, iż niedopuszczenie rozwiązań równoważnych prowadzi do nierównomiernego traktowania wykonawców i niezachowania uczciwej konkurencji. W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu udzielenie sprostowania do odpowiedzi z dnia 30.07.2013 r. i opublikowanie jej na stronie internetowej, w której Zamawiający wyraźnie wskaże, iż dopuszcza kolektor z układem harfowym orurowania absorbera, jako rozwiązanie równoważnie, a także zasądzenie kosztów postępowania oraz zwrot kosztów zastępstwa prawnego (uzasadnionych kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika) według kosztów faktycznie poniesionych, na podstawie rachunku przedstawionego na rozprawie. W uzasadnieniu odwołania podał, że w dniu 10 lipca, 2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, publikując ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej www.hainowka.pl. Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia na stronie internetowej Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Dalej podał, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł następujący opis rozwiązania technicznego: Dobrano kolektory płaskie, które będą wyposażone w absorber meandryczny, czyli układ z serpentyną poziomą. Takie rozwiązanie ma na celu zabezpieczenie przed stagnacją, czyli przegrzaniem układu solarnego przy nadmiernym nasłonecznieniu i braku odbioru energii do zasobnika, umożliwi równomierny przepływ czynnika grzewczego oraz pozwala na odpowietrzenie układu podczas rozpoczęcia pracy systemu, gdyż powietrze

zgrupowane w kolektorach z łatwością może być wtłoczone do węzownicy zasobnika”. Dodatkowo w opisie działania systemu Zamawiający wskazał m.in., że „W czasie, gdy pompa kolektora słonecznego nie pracuje, płyn solarny zbiera się w węzownicy rurowej zasobnika, w pompie kolektora i w rurach przyłączeniowych solarnych na wysokości zasobnika. Z tego powodu ważne jest, aby kolektor i wszystkie przewody zainstalować tak, aby płyn solarny mógł spływać do zasobnika na skutek istniejącego pochylenia. Przewody solarne i kolektor wypełnione są wtedy powietrzem. Jako płyn solarny stosowana jest gotowa mieszanina wody i glikolu, wypełnia się układ w ilości ściśle określonej przed producenta systemu”. Z kolei w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł zapis: Jeżeli w jakimkolwiek miejscu w SIWZ i załącznikach do SIWZ zostały wskazane do opisu materiałów lub urządzeń znaki towarowe lub ich pochodzenie, wszędzie tam zamawiający dodaje wyrażenie "lub równoważny", co oznacza, iż oferowany asortyment ma posiadać parametry (techniczne, jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe) takie same lub lepsze od opisywanych. Podane w opisie przedmiotu zamówienia nazwy mają za zadanie sprecyzowanie wymagań jakościowych w danym postępowaniu Zamawiającego. Zamawiający dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych, lecz nie dopuszcza ofert wariantowych i w tym względzie nie należy pojęcia równoważności traktować rozszerzająco”. Podobnie w Szczegółowej specyfikacji technicznej Zamawiający wskazał, że (...) dopuszcza rozwiązania materiałowe alternatywne w zakresie stosowanych kolektorów słonecznych z zachowaniem idei systemu czyli pracy w układzie bezciśnieniowym (układ typu Drain Back), zakładając że instalowane kolektory posiadają wymienione w dokumentacji projektowej i specyfikacji parametry”. Odwołujący dalej podał, że (...) W dniu 30.07.2013 r. na stronie www.hainowka.pl, została opublikowana prośba o wyjaśnienie specyfikacji (...) Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie kolektora równoważnego, posiadającego podobne parametry wobec wskazanych w projektach, lecz o innej strukturze „pochłaniacza” niż serpentyna pozioma, jednak takiej, która zapewni działanie systemu w sposób dokładnie opisany w projektach? Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie kolektora o harfowym układzie orurowania absorbera?” W odpowiedzi Zamawiający podał, że (...) Układ hydrauliczny poszczególnych instalacji z kolektorami słonecznymi, które są przedmiotem zamówienia został zaprojektowany tak, by uzyskać maksymalną sprawność, bezpieczeństwo i niezawodność eksploatacji. Na etapie projektowania jedną z kluczowych kwestii było zapewnienie równomiernego przepływu czynnika przez poszczególne kolektory, a jednocześnie minimalizacją oporów hydraulicznych pola kolektorów. W tym celu zastosowano połączenie poszczególnych kolektorów w układzie równoległo-szeregowym w systemie Tichelmana. Jednocześnie dla zapewnienia równomiernego przepływu wymagany był odpowiedni autorytet hydrauliczny kolektora w stosunku do oporów instalacji. Uzyskano go poprzez minimalizację ilości kolektorów w rzędzie (stosując kolektory o możliwie dużej

powierzchni) oraz zastosowanie kolektorów z absorberem w postaci pojedynczego meandra „serpentyny”. Finalnie ustawienie kolektorów w układzie Tichelmana pozwala na zminimalizowanie oporów przepływu i związanych z tym kosztów pompowania czynnika, a zastosowanie kolektorów o możliwie dużej powierzchni i absorberze wyposażonym w pojedynczą rurę pozwala osiągnąć odpowiedni autorytet hydrauliczny, a przez to równomierny przepływ czynnika przez poszczególne kolektory. Zastosowanie kolektorów o układzie harfowym, wyposażonych w co najmniej kilka pionowych rur sprawiłoby, że opory poszczególnych kolektorów byłyby bardzo małe w stosunku do oporów hydraulicznych instalacji. Bardzo niska wartość autorytetu hydraulicznego poszczególnych kolektorów w danym polu groziłaby nierównomiernym przepływem instalacji. Z powyższych przyczyn wymagane jest zastosowanie kolektorów wyposażonych w pojedynczą rurę absorbera i układ meandryczny”. Zdaniem Odwołującego przytoczona odpowiedź wskazuje, że Zamawiający w jednoznaczny sposób odrzucił rozwiązanie równoważne w postaci układu harfowego absorbera i tym samym w oczywisty sposób ograniczył uczciwą konkurencję. Stwierdził, że rozwiązanie konstrukcyjne kolektora, którego absorber ma ułożenia orurowania typu pojedynczej harfy i pojedynczej rury meandrowej (serpentyny) są sobie równoważne z punktu widzenia działania kolektora i jego sprawności w zakresie odbioru energii słonecznej i przekazywania jej do odbiornika ciepła w każdym typie instalacji. Ponadto – jego zdaniem – (...) wyjaśnienie, jakie przedstawił Zamawiający jest nierzetelne i w żaden sposób nie potwierdza, że kolektor o budowie meandrycznej stanowi rozwiązanie wyłączone i niezbędne w stosunku do wymagań instalacji solarnej, będących przedmiotem zamówienia”. W szczególności, zdaniem Odwołującego, brak merytorycznej argumentacji, co do (1) braku równomierności w odbiorze ciepła w kolektorze harfowym oraz, co do (2) twierdzenia, że opory hydrauliczne kolektora w projektowanym układzie muszą być wysokie, aby uzyskać równomierność przepływu dla kolektorów połączonych w układzie Tichelmana”. Odnośnie pierwszej kwestii Odwołujący podał, że (...) Twierdzenie, że tylko kolektor z absorberem o budowie meandrowej zapewnia równomierny odbiór ciepła z powierzchni absorbera jest nieprawdziwe. Nie potwierdzają tego żadne wyniki badań sprawności kolektora w zakresie odbioru energii promieniowania słonecznego. Co więcej rozmieszczenie rur odbierających ciepło z płyty absorbera „harfowego” jest znacznie bardziej korzystne dla równomiernego odbioru ciepła (jednakowa powierzchnia płyty absorbera przypadająca na jednostkę długości rury), niż w przypadku pojedynczej rury ułożonej w kształcie meandra. Gdyby twierdzenie o wyższości kolektora z absorberem meandrowym było zasadne, wśród kolektorów o najwyższej sprawności byłyby wyłącznie kolektory z tego typu, a tak nie jest. Gdyby rozwiązanie z absorberem typu meandrowego zapewniało możliwość uzyskania wyższej sprawności kolektora ten typ kolektorów byłby produkowany w zdecydowanej przewadze. Publikowane dane potwierdzają jednak, że kolektory z absorberami typu meandrowego

stanowią obecnie 36% ogólnie produkowanych w Europie w stosunku do 55% z absorberami typu harfowego”. Odnośnie drugiej stwierdził, że (...) Zwiększanie oporów hydraulicznych związanych z przepływem czynnika przez absorber nie jest działaniem zamierzonym, lecz wynikającym z konstrukcji kolektora. W przypadku kolektora z absorberem meandrowym cały przepływ realizowany jest przez jedną rurę o małej średnicy wewnętrznej i dużej długości, co sprawia, że opór hydrauliczny jest znacznie, wyższy niż przy przepływie czynnika przez kolektor o harfowej budowie absorbera. W tym przypadku przepływ realizowany jest równocześnie kilkoma równoległymi rurami a pole przekrój przepływu jest sumą przekrojów tych rur. Oczywiście wysokie opory przepływu powodują, że aby uzyskać wymagany i optymalny przepływ dla kolektora musimy zużyć przez pompę znacząco więcej energii elektrycznej do pokonania tych oporów. Stosowane często zalecanie przez dostawców kolektorów z absorberem meandrowym niższego przepływu niż wynikałoby to z przyjętych zasad i obliczeń skutkuje nadmiernym podwyższeniem temperatury czynnika na wylocie z kolektora. Powoduje to zwiększenie strat własnych kolektora i obniżenie sprawności odbioru energii słonecznej. Trudno zrozumieć, dlaczego zamawiający wymagał wysokich oporów hydraulicznych w kolektorze, jeżeli zawsze będzie się to wiązało ze zmniejszeniem efektywności pracy instalacji i podniesieniem kosztów eksploatacyjnych. Sam Zamawiający w odpowiedzi stwierdził, że: Finalnie ustawienie kolektorów w układzie Tichelmana pozwala na zminimalizowanie oporów przepływu i związanych z tym kosztów pompowania czynnika, (...). Dalej podał, że (...) Zamawiający rozumie problem zwiększonych oporów i wyższych kosztów eksploatacyjnych preferowanego układu jednak „nie rozumie”, iż przywołany układ podłączenia typu „Tichelmann” gwarantuje automatyczne wyrównowanie się przepływów hydraulicznych w przypadku kolektorów o harfowej budowie absorbera. Zapobiega to całkowicie jakiegokolwiek nierównomierności przepływu dla poszczególnych kolektorów, co stanowi podstawowe i jak się wydaje jedyne kryterium równoważności obydwu układów absorbera, stosowane przez Zamawiającego. W tym przypadku Zamawiający wykazał się również podstawową niewiedzą, gdyż wysokie opory przepływu kolektorów z absorberem meandrowym pozwalają na jednostronne podłączenie niewielkiej baterii kolektorów z pominięciem układu Tichelmana (...). Za istotny dowód na potwierdzenie równoważności rozwiązania technicznego kolektorów z harfowym układem orurowania absorbera wobec wymagań opisywanych przez LORICA IURIS powołuje wyciąg z niezależnego opracowania, z którego – jego zdaniem wynika, że najlepszymi kolektorami do zaprojektowanych w tym zadaniu instalacji solarnych są właśnie kolektory z absorberem typu harfowego. Posiadają one zdecydowanie najlepszą możliwość opróżniania się z płynu solarnego, w przeciwieństwie do kolektorów z absorberem typu meandrowego, wskazanych w projektach, które będą posiadały możliwość tylko częściowego opróżnienia się - zjawiska bardzo niekorzystnego w szczególnie zaprojektowanych systemach typu drain back. Dalej

Odwołujący oświadczył, że jako producent kolektorów słonecznych z 22-letnim doświadczeniem poza jednym wyjątkiem produkuje kolektory z absorberami o budowie pojedynczej harfy. Jego zdaniem jest to rozwiązanie najlepsze z punktu widzenia efektywności działania, budowy i bezpieczeństwa instalacji solarnych. Pomimo, że technologicznie produkcja kolektora z absorberem typu meandrowego jest tańsza niż w przypadku kolektora z absorberem o budowie harfowej ogranicza ją do minimum, bowiem w ostatecznym rachunku jest to - zdaniem Odwołującego - poza bardzo szczególnymi i nielicznymi sytuacjami rozwiązanie niestety mniej korzystne z punktu widzenia eksploatacji instalacji i dla samego użytkownika. Podkreślił, że to nie brak możliwości, ale wiedza i doświadczenie są powodem wyboru wykorzystywanych rozwiązań Odwołującego. Dlatego też nie chce on, aby na skutek nierzetelnych i pokrętnych wyjaśnień Zamawiającego jego produkty były eliminowane w postępowaniach przetargowych. Próbę Zamawiającego odrzucania rozwiązania równoważnego poprzez przedstawianie wyjaśnień, które nie uznają prostych zasad fizyki i termodynamiki, uznaje za przykład ograniczenia konkurencji i działania sprzecznego z ustawą. W dowód powyższego twierdzenia przedstawiam opinię niezależnego eksperta i przedstawiciela środowiska naukowego. Podkreślił również, że dla stosowania w praktyce zasady z art. 7 ust.1 ustawy Pzp szczególnie istotne znaczenie ma zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 pzp). Ponadto, z orzecznictwa KIO można wnioskować, że użycie w opisie przedmiotu zamówienia słów „lub równoważny” nie wyklucza stwierdzenia utrudnienia uczciwej konkurencji, jeśli opis ewidentnie preferuje w sposób nieuzasadniony rozwiązanie określonego producenta, i to również w przypadku gdy ten producent lub jego znak towarowy itp. nie jest wskazany wprost. Zdaniem Odwołującego, ten sposób opisu przedmiotu zamówienia jak i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w dniu 30lipca 2013 r. dają podstawy do stwierdzenia, że Zamawiający preferuje rozwiązania konkretnego producenta np. firmy Yaillant. W konkluzji stwierdził, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania i podnoszeniu zarzutów w nim zawartych. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy interes odwołującego w postaci uzyskania zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, gdyż nie jest możliwe złożenie oferty równoważnej, która spełniałaby wymagania Zamawiającego. Wynika to z niedopuszczenia przez zamawiającego rozwiązań równoważnych, a w konsekwencji odwołujący pomimo swoich możliwości nie będzie mógł ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający stwierdził, że nie jest zasadny zarzut

Odwołującego dotyczący niezetelności jego wyjaśnień w zakresie, że kolektor o budowie meandrycznej stanowi rozwiązanie wyłączone i niezbędne stosownie do wymagań instalacji i solarnych będących przedmiotem zamówienia, a w szczególności zarzut dotyczący braku merytorycznej argumentacji w przedstawionej na zapytanie odpowiedzi w zakresie braku równomierności w odbiorze ciepła w kolektorze harfowym oraz twierdzenia, że opory hydrauliczne kolektora w projektowanym układzie muszą być wysokie, aby uzyskać równomierność przepływu dla kolektorów połączonych o układzie Tichelmana. Powołując się na literaturę techniczną wskazał na możliwe alternatywne rozwiązania, podkreślając jednocześnie zalety kolektora z absorberem o budowie meandrowej oraz, że nie jest prawdą, że każdy kolektor meandryczny opróżnia się trudniej niż kolektor harfowy, a także, że w większości systemów Drainback realizowanych w Europie stosuje się kolektory meandryczne i brak jest opracowań wskazujących na kłopoty w eksploatacji tego typu systemów, a także, że te kolektory pracują bardziej efektywnie. Dalej podał, że Odwołujący wykazał się (...) podstawową niewiedzą, gdyż wysokie opory przepływu kolektorów z absorberem meandrowym pozwalają na jednostronne podłączenie niewielkiej baterii kolektorów z pominięciem układu Tichelmana (...). Przytoczył także wypowiedź Odwołującego, jako producent kolektorów słonecznych z 22-letnim doświadczeniem, który [poza jednym wyjątkiem] produkuje kolektory z absorberami o budowie pojedynczej harfy, albowiem uważa, że jest to rozwiązanie najlepsze z punktu widzenia efektywności działania, budowy i bezpieczeństwa instalacji solarnych. Pomimo, że technologicznie produkcja kolektora z absorberem typu meandrowego jest tańsza niż w przypadku kolektora z absorberem o budowie harfowej ogranicza ją do minimum, bowiem w ostatecznym rachunku jest to - zdaniem Odwołującego - poza bardzo szczególnymi i nielicznymi sytuacjami rozwiązanie niestety mniej korzystne z punktu widzenia eksploatacji instalacji i dla samego użytkownika. W tym przypadku Zamawiający podkreślił, że nie brak możliwości, ale wiedza i doświadczenie są powodem wyboru wykorzystywanych rozwiązań Odwołującego. Podał również, że Odwołujący posługuje się wyłącznie określeniami emocjonalnymi nie odnosząc się do kwestii czysto technicznej i nie wskazując na rzeczywistą wartość oporów hydraulicznych i ich znaczenie na tle oporów pozostałych elementów instalacji. W rzeczywistości opory hydrauliczne kolektora z absorberem meandrycznym, choć oczywiście wyższe stanowią jedynie niewielką część oporów hydraulicznych całej instalacji i różnica w oporach pomiędzy kolektorami z absorberem meandrycznym, a harfowym nie ma istotnego wpływu na koszty eksploatacji systemu. Dalej stwierdził, że (...) W projektowanym systemie solarnym z grawitacyjnym powrotem czynnika, którego cechą charakterystyczną jest cykliczne napełnianie i opróżnianie kolektorów, które czasami może mieć miejsce nawet kilka, kilkanaście razy dziennie kwestia zapewnienia równomiernego przepływu ma kluczowe znaczenie. Nawet niewielka różnica w przepływie przez poszczególne kolektory może

skutkować różnicą w czasie napełniania poszczególnych kolektorów i w efekcie "zamknięciem" powietrza w niektórych kolektorach co przełoży się wzrost nierównomierności przepływu i faktyczny wzrost temperatury niektórych kolektorów i znaczący spadek ich sprawności. Z tego właśnie powodu projektant wybrał zastosowanie kolektorów z absorberem meandrycznym, które napełniają się o wiele bardziej równomiernie i jak pokazuje praktyka zapewniają prawidłową pracę układów typu Drainback zapewniających całkowitą ochronę instalacji z kolektorami słonecznymi przed skutkami nadmiaru energii w okresie letnim, szczególnie podczas wyjazdu użytkowników. W konkluzji zamawiający stwierdził, że (...) intencją autora jest ingerencja w pracę projektanta instalacji i nakazanie mu zastosowania kolektorów z absorberem harfowym tylko dlatego, że jest producentem tego typu rozwiązania i na podstawie własnych doświadczeń w systemach solarnych standardowych (nie typu Drainback) uważa, że są one lepsze od kolektorów z absorberem meandrycznym. Ponadto zarzut że preferowany jest jeden konkretny producent wydaje się nie mieć pokrycia w rzeczywistości rynkowej. Koncepcja zaproponowanego rozwiązania została opracowana przez firmę Wagner w latach 90-tych i od tamtej pory jest szeroko stosowana w całej Europie np. przez takie firmy jak ZEN, ACV, Saunier Duval czy De Dietrich. Rozwiązanie to jest na tyle proste i skuteczne, że system wg tej technologii jest w stanie wykonać każda doświadczona firma wykonawcza”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 7 i pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wnoszący odwołanie wykonawca HEWALEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z Czechowic-Dziedzic nie przekazał Zamawiającemu kompletnego odwołania, a mianowicie do tego odwołania załączono tylko dokument pełnomocnictwa dla podpisującego odwołanie, a pominięto pozostałe załączniki, w szczególności te, które – jak zaznaczył sam wykonawca – wskazane w treści odwołania. Zdaniem Izby takie dokumenty, jak wykresy, opinie oraz raporty z badań (...) w niniejszym stanie faktycznym stanowiły integralną część tego odwołania i ich nie przesłanie nie wypełniło dyspozycji art. 180 ust.5 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że prawidłowe wykonanie tego obowiązku informacyjnego wobec zamawiającego ma ważne znaczenie, z uwagi na uprawnienie zamawiającego (art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art.

186 ust. 2 tej ustawy) do uwzględnienia odwołania. Oczywiście Izba ma na uwadze tylko te załączniki, które zostały powołane w treści odwołania i pozostają w bezpośrednim, istotnym związku, co do jego meritum. Izba stwierdza jednocześnie, że brak takich załączników jak kopia pełnomocnictwa czy kopia uiszczenia wpisu od odwołania nie stanowi podstawy do uznania nieprzesłania kompletnej w całości kopii odwołania. Wymienione załączniki mają charakter wyłącznie formalny, nie merytoryczny, podlegający w pierwszej kolejności ocenie przez Prezesa Izby, a nie skład orzekający Izby wyznaczony do rozpoznania odwołania oraz nie przez zamawiającego. Tym samym, nie wpływając w żaden sposób na merytoryczną treść odwołania, nie wnoszą żadnych okoliczności dodatkowych do zarzutów zawartych w odwołaniu. Wobec tych ustaleń Izba wskazała na pierwszą z podstaw odrzucenia odwołania, o której stanowi art. 189 ust.2 pkt 7 ustawy Pzp. Odnośnie drugiej z przesłanek [art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp], stanowiącej również negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą rozpoznanie odwołania, co do jego meritum i w konsekwencji, skutkującą koniecznością wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania jest wniesienie odwołania po upływie terminu określonego ustawą Pzp. Izba w tym przypadku stwierdza, że odwołanie dotyczy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 10 lipca br. Tak jak wynika z jej treści – w części technicznej – Zamawiający bezspornie wskazał w projekcie budowlanym, że (...) Dobrano kolektory płaskie, które będą wyposażone w absorber meandryczny czyli układ z serpentyną poziomą.” Podobnie, w Szczegółowych specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, w których zaznaczono, że (...) Należy montować kolektory płaskie, które będą wyposażone w absorber meandryczny czyli układ z serpentyną poziomą”. A zatem ze szczegółowymi warunkami realizacji tego zamówienia wykonawca mógł się zapoznać już w dniu 10 lipca br. Późniejsze wyjaśnienia [z dnia 30 lipca br] potwierdziły tylko ten warunek i z tych wyjaśnień niezbieżnie wynika, że Zamawiający nie dopuścił w ramach kolektorów płaskich alternatywnych rozwiązań, co do absorberów. Tym samym Odwołujący już w oparciu o postanowienia specyfikacji opublikowanej w dniu 10 lipca br mógł w terminach wynikających z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wnieść środek ochrony prawnej [odwołanie] wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba na marginesie zwraca uwagę, że w myśl art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek określenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei w przypadku posługiwania się znakiem towarowym patentem lub pochodzeniem, w sytuacjach wyjątkowych - uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, a jednocześnie, gdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – ustawa w art. 29 ust.2 nakłada obowiązek umieszczenia wyrazów "lub równoważny".

Także o równoważności stanowi przepis art. 30 ust.4 ustawy Pzp w myśl którego, w każdym przypadku, kiedy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jest obowiązany do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Ta regulacja wynika z prawa europejskiego, na gruncie którego w przypadku harmonizacji wymogów odnoszących się do danego produktu na poziomie wspólnotowym przez przyjęcie dyrektywy, producent może dostosować się do jej wymogów bądź do wymogów normy europejskiej. Nie można zatem – jak podkreśla się w doktrynie - narzucić stosowania jedynie rozwiązań wynikających z norm europejskich, o ile wyrób jest zgodny z wymogami wynikającymi z odpowiednich dyrektyw i tym samym jeśli wykonawca oferuje przedmiot zamówienia zgodny z takimi wymogami, a nie posiada certyfikatu zgodności, może za pomocą innych dowodów wykazać, że oferowany przedmiot jest zgodny z wymogami dyrektyw. Zdaniem Izby, żadna ze wskazanych sytuacji nie zaistniała w niniejszej sprawie. Izba zauważa także, że w sytuacjach przewidzianych prawem w odniesieniu do materiałów Zamawiający zaznaczył wymaganie równoważności. W tym stanie faktycznym żądanie wykonawcy zmierza de facto do umożliwienia złożenia oferty wariantowej, co było jednoznacznie wykluczone w specyfikacji [vide! Pkt 3 siwz – Opis przedmiotu zamówienia zdanie ostatnie „Zamawiający dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych, lecz nie dopuszcza ofert wariantowych i w tym względzie nie należy pojęcia równoważności traktować rozszerzająco]. Zatem, jeśli wykonawca w celu przygotowania oferty nie odnajdywał w specyfikacji pożądaných i istotnych jego zadaniem informacji, to powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej do dnia 20 lipca br. Izba na marginesie zauważa, że nawet brak w specyfikacji danych regulacji niekoniecznie należy interpretować, jako pozwolenie na określone działanie, zmienione następnie w wyniku udzielanych wyjaśnień. W niniejszej sprawie wyjaśnienia Zamawiającego nie zmieniły postanowień siwz – nie wprowadziły żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania [na zasadzie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp] od dnia otrzymania odpowiedzi na pytanie. Udzielenie odpowiedzi na pytanie, w której zamawiający podtrzymuje treść specyfikacji, wyjaśniając powody braku danego postanowienia specyfikacji nie jest czynnością, w oparciu o którą wykonawca uzyskuje informację o nowych okolicznościach, stanowiących podstawę wniesienia odwołania w rozumieniu wskazanego przepisu i tym samym żądanie sprostowania odpowiedzi wywołuje, co najmniej uzasadnione wątpliwości, co do jego racjonalności na gruncie ustawy Pzp. W konkluzji Izba stwierdza, że w świetle przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość

zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2013 r. [wbrew twierdzeniom Odwołującego o braku jego publikacji], w tej samej dacie specyfikacja została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego. Zatem termin na wniesienie odwołania wobec treści siwz upłynął w dniu 20 lipca 2013 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie, które wpłynęło w dniu 9 sierpnia 2013 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje także koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na marginesie Izba dodaje, że termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, niepodlegającym przywróceniu bez względu na przyczynę i uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.03.2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz.238), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony tylko na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Powoływanie się do norm przepisanych nie jest możliwe w postępowaniu odwoławczym przed KIO.

Przewodniczący:

.....

