

WYROK

z dnia 10 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **HEWALEX Spółka z o.o., sp. k. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Aleksandrów z siedzibą w Aleksandrowie,**

przy udziale :

- A. wykonawcy **Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Częstochowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **Energetyka Solarna Ensol Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. wykonawcy **FLEXIPOWER Group Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę HEWALEX Spółka z o.o., sp. k. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach i**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HEWALEX Spółka z o.o., sp. k. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zamościu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Aleksandrów z siedzibą w Aleksandrowie (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” pn. „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz wdrożenie systemu do zarządzania energią na terenie Gminy Aleksandrów”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 113-227301.

W dniu 26 czerwca 2017 r. wykonawca HEWALEX Spółka z o.o., sp. k. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach (dalej: „Hewalex” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”). Odwołujący twierdził, że Zamawiający opisał przedmiotu zamówienia w zakresie części 1 zamówienia w sposób utrudniający uczciwa konkurencję, przez wprowadzenie w Załączniku nr 1a do siwz wymogu, aby oferowane przez wykonawców kolektory słoneczne charakteryzowały się (minimalną powierzchnią brutto pojedynczego kolektora wynoszącą 2,60 m oraz maksymalną temperaturą stagnacji kolektora słonecznego wynoszącą 209°C.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który realnie utrudnia uczciwa konkurencję w postępowaniu i uniemożliwia zaoferowanie Zamawiającemu kolektorów słonecznych wysokiej jakości, w pełni odpowiadających potrzebom Zamawiającego i realizujących cel, dla którego prowadzone jest postępowanie.

1)

Odwołujący wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przed Izbą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w treści Załącznika nr 1a do siwz (str. 4) poprzez wprowadzenie zamiast następujących zapisów:

Minimalna powierzchnia: czynna absorbenta pojedynczego kolektora/brutto pojedynczego kolektora	2,40 m ² / 2,60 m ²
Temperatura stagnacji kolektora słonecznego	Max 209 °C

zapisu o treści

Minimalna powierzchnia: czynna absorbenta pojedynczego kolektora/brutto pojedynczego kolektora	2,40 m ²
--	---------------------

oraz usunięcie parametru dotyczącego temperatury stagnacji kolektora słonecznego.

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Hewalex wyjaśniał, że wskazane przez Zamawiającego parametry równoważności w treści Załącznika nr 1a w zakresie minimalnej powierzchni brutto pojedynczego kolektora wynoszącej 2,60 m² oraz maksymalnej temperatury stagnacji kolektora słonecznego wynoszącej 209°C w sposób nieuzasadniony ograniczają uczciwą konkurencję w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego zarówno w przypadku pierwszego ze wskazanych parametrów, jak i drugiego, Zamawiający przy obecnym brzmieniu wymagań siwz uniemożliwia ubieganie się o zamówienie wykonawcom (takim jak Odwołujący), którzy oferują kolektory o mniejszej powierzchni brutto (całkowitej) kolektora oraz o wyższej temperaturze stagnacji niż wskazana w specyfikacji. W ten sposób Zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w ramach prowadzonego postępowania, ponieważ zawęża krąg oferentów, którzy będą mogli złożyć swoje oferty. W ocenie Odwołującego ani pierwszy, ani drugi ze wskazanych parametrów nie ma żadnego znaczenia dla istoty oferowanych urządzeń.

Hewalex wskazywał, że należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, co w konsekwencji wpływa później na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych, nieznanających oparcia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, przeszkód w otwarciu

zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia może polegać na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

W opinii Odwołującego określone przez Gminę parametry, będące przedmiotem zaskarżenia nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia w usprawiedliwionych potrzebach Zamawiającego, a jednocześnie w sposób istotny zawężają krąg potencjalnych oferentów.

W zakresie parametru odnoszącego się do minimalnej powierzchni brutto pojedynczego kolektora Hewalex wyjaśniał, że jest to parametr opisujący całkowitą powierzchnię, jaką w miejscu montażu, najczęściej na dachu budynku, zajmuje kolektor słoneczny. Tym samym, o ile wprowadzenie minimalnej powierzchni dla samej czynnej powierzchni absorbera (w przypadku zamówienia wynosi ona 2,40 m²) ma istotne znaczenie z punktu widzenia wydajności kolektora, tak wprowadzenie wymogu co do minimalnej powierzchni dla całego kolektora nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia wydajności kolektora. Może bowiem zaistnieć sytuacja (jak w przypadku wysokojakościowych kolektorów oferowanych przez Odwołującego), że przy powierzchni czynnej absorbera wynoszącej 2,40 m² pozostała część kolektora (nie biorąca aktywnego udziału w absorbowaniu ciepła przez kolektor) jest minimalna (przez to nie zabiera niepotrzebnie powierzchni na dachu) i w konsekwencji będzie wynosiła nawet mniej niż 0,20 m². W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, wprowadzenie przez Zamawiającego minimalnej powierzchni brutto pojedynczego kolektora wynoszącej 2,60 m² skutkuje brakiem możliwości zaoferowania urządzeń bardziej zaawansowanych technologicznie, o wyższej sprawności energetycznej i w sposób nieuzasadniony nie dopuszcza ich do zamówienia, dla którego prowadzone jest postępowanie. Operując na konkretnym przykładzie urządzeń oferowanych przez Odwołującego (których powierzchnia czynna absorbera wynosi min. 2,40 m², a cała powierzchnia brutto 2,55 m²) można by dojść do wniosku, że Odwołujący jest dyskryminowany tylko dlatego, że jego urządzenie (przy takiej samej wydajności i sprawności) zajmuje mniej miejsca na dachu niż inne urządzenia oferowane przez podmioty konkurencyjne.

W świetle powyższego - zdaniem Hewalex - uzasadnione jest żądanie wykreślenia maksymalnej dopuszczalnej powierzchni brutto, jako parametru niemającego żadnego uzasadnienia w usprawiedliwionych potrzebach Zamawiającego. Należy bowiem stwierdzić, że ograniczenie to nie może być uzasadniane ograniczeniami w dostępności miejsca do montażu (wtedy możliwe byłoby co najwyżej wskazanie maksymalnej powierzchni), gdyż tego zazwyczaj jest w zdecydowanym nadmiarze. Ponadto odpowiedzialność za odpowiedni dobór kolektora, czyli taki, który spełni minimalne wymagania Zamawiającego oraz będzie

posiadał powierzchnię brutto, która umożliwi montaż w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, oraz jednocześnie będzie umożliwiał prawidłową pracę całej instalacji, spoczywa wyłącznie na wykonawcy.

W zakresie parametru odnoszącego się do maksymalnej temperatury stagnacji kolektora słonecznego - w ocenie Odwołującego - należy w pierwszej kolejności wyjaśnić, że temperaturą stagnacji określa się temperaturę która występuje, kiedy ciepło użyteczne nie jest odbierane z kolektora, gdy równocześnie występuje wysokie promieniowanie słoneczne i temperatura otoczenia. Takie rozumienie temperatury stagnacji zawiera norma PN-EN 12975-2, do której zresztą wprost odsyła Załącznik nr 1a do siwz. Jednocześnie jednak kolektor słoneczny o wyższej temperaturze stagnacji nie jest wcale lepszy lub gorszy od kolektora o niższej temperaturze stagnacji. W ocenie Odwołującego należy też wskazać, że kolektory słoneczne posiadające wyższą temperaturę stagnacji niż wymagana przez Zamawiającego (tj. wyższą niż 209°C) najprawdopodobniej posiadają wyższą sprawność energetyczną, co z kolei wynika z wyższego zaawansowania technologicznego konstrukcji kolektora oraz z użytych do jego wytworzenia materiałów. Zdaniem Odwołującego można zatem twierdzić, że wyższa temperatura stagnacji kolektora wymusza stosowanie wyższej jakości komponentów oraz odpowiednich technologii i kontroli produkcji. Tylko bowiem zastosowanie ich na odpowiednim poziomie jakościowym pozwoli na spełnienie przez kolektor wszelkich badań cieplnych oraz niezawodnościowych, których wymaga norma PN-EN 12975-1 z wynikiem pozytywnym, do której wprost odsyła Zamawiający w treści Załącznika nr 1a. Ponadto, kolektory słoneczne charakteryzujące się wyższą temperaturą stagnacji, oprócz wyższej jakości materiałów użytych do ich produkcji, charakteryzują się także niższymi stratami ciepła tj. wyższą sprawnością oraz mniejszymi współczynnikami strat ciepła, które to parametry są istotne dla Zamawiającego, ponieważ zostały wskazane w treści Załącznika nr 1a do siwz. W opinii Hewalex nie bez znaczenia pozostają też obecne dążenia producentów kolektorów słonecznych, które ukierunkowane są na jak najwydajniejszą konwersję energii promieniowania słonecznego na energię cieplną. Temu celowi przyświeca chociażby dążenie do jak największego ograniczania wtórnych strat energii cieplnej przez kolektor do otoczenia (między innymi: lepsze materiały izolacyjne, podwójne przeszklenie kolektora, wykorzystywanie próżni jako izolacji). Wszystkie te działania w przypadku najbardziej wydajnych kolektorów słonecznych prowadzą w rezultacie do naturalnego ciągłego podnoszenia ich temperatury stagnacji. W tym sensie można by stwierdzić, że niższa temperatura stagnacji kolektora oznacza jego większe straty własne, co wynika z podstawowych zasad fizyki. Temperatura stagnacji kolektora nie jest efektem możliwym do zaprojektowania, a jest tylko i wyłącznie dodatkowym efektem prac związanych z dążeniem do uzyskania jak najwyższej sprawności kolektora w odbiorze energii słonecznej.

W związku z powyższym – w opinii Odwołującego - wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczenia w postaci możliwości zaoferowania mu wyłącznie takich kolektorów, których maksymalna temperatura stagnacji wynosi 209°C prowadzi do nieuzasadnionego preferowania określonych urządzeń bez jakiegokolwiek uzasadnienia dla powyższego z technicznego punktu widzenia. W świetle powyższego, zdaniem Hevalex, uzasadnione jest żądanie wykreślenia parametru odnoszącego się do maksymalnej temperatury stagnacji kolektora słonecznego jako parametru niemającego żadnego uzasadnienia ani z technicznego punktu widzenia, ani z punktu widzenia usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.

W dniu 7 lipca 2017 r. w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem Stron Izba stwierdziła, że do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili następujący wykonawcy:

1. Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Częstochowie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
2. Energetyka Solarna Ensol Sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu (dalej: „Ensol”), zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
3. FLEXIPOWER Group Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej (dalej: „FlexiPower”), zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego wykonawcy Antinus Sp. z o. o. z siedzibą w Skierniewicach, zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego, z uwagi na to, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby w formie elektronicznej w dniu 30 czerwca 2017 r., natomiast powyższe pismo w formie pisemnej z własnoręcznym podpisem wpłynęło do Izby dopiero w dniu 3 lipca 2017r. (prezentata „3.07.2017r.”).

Wobec tego Izba uznała, że wykonawca Antinus nie wypełnił prawidłowo wszystkich przesłanek wynikających z art. 185 ust 2 ustawy Pzp, ponieważ w terminie 3 dni nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w odpowiedniej formie, tj. w formie pisemnej, bądź też w wersji elektronicznej opatrzonej elektronicznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W toku ww. posiedzenia Izby do Izby wpłynęły pisma procesowe z strony Odwołującego oraz wykonawcy Ensol.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu. Po przeprowadzeniu analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba doszła do przekonania, że zgłoszone zarzuty należy uznać za niezasadne.

Z ustaleń Izby wynika, że w treści specyfikacji w Załączniku nr 1a „Dokumentacja techniczna zestawów solarnych” w tabeli na str. 4 Zamawiający sprecyzował:

Minimalna powierzchnia: czynna absorbenta pojedynczego kolektora/brutto pojedynczego kolektora	2,40 m ² /2,60 m ²
Temperatura stagnacji kolektora słonecznego	Max 209°C

Ponadto w Załączniku nr 1a – Projekt powykonawczy zbiorczy instalacji kolektorów słonecznych zestaw 2/300, gdzie na str. 5 w punkcie 9 - Przewody instalacji solarnej –

podano: "w zakresie dodatnich wartości temperatury cieczy solarnej do temperatury $r_{max} \geq +220^{\circ}\text{C}$ ".

W toku rozprawy złożono do Izby następujące dowody:

1. Podręcznik dobrych praktyk na bazie szwajcarskich i polskich doświadczeń w zakresie wykorzystania odnawialnych źródeł energii,
2. Analiza odkształceń sprężystych korpusów obudowy kolektora w aspekcie właściwości materiału nośnego (MES),
3. Pismo Profim s.c. Biuro Projektów z dnia 4 lipca 2017 r.,
4. Specyfikacja techniczna dla zadania „Kontynuacja działań na rzecz wzrostu wykorzystania OZE na terenie Gminy Czerniki”;
5. Dokumentacja techniczna „EKO ENERGIA W GMINIE TUROBIN” – projekt wykonawczy instalacji solarnej dla budynku mieszkalnego.
6. Wyjaśnienia projektanta Pana G. L. z dnia 4 lipca 2017 r. m. in. wraz opinią z dnia 12 września 2016 r. wydana przez dr hab. Inż. A. M. prof. nadz. AGH, dotyczącą aktualnych wymagań w zakresie obudów kolektorów słonecznych.
7. Stanowisko szwajcarskiego Instytutu Techniki Solarnej z dnia 1 kwietnia 2017 r. wraz z tłumaczeniem na język polski.
8. Ekspertyza dr inż. M. W..
9. Opinia empiryczna wydana przez wykonawcę FlexiPower.
10. Załącznika do certyfikatu Solar Keymark dla produktu firmy ENSOL oraz Hevalex.
11. „Podsumowanie wyników testów normy EN12975 – Załącznik do Certyfikatu Solar Keymark” dla produktu firmy ENSOL - ES2v/265S AL- Cu oraz Hevalex - KS 2550F TP ACRm.
12. Protokołu z badań nr 21228324.001 dla produktu ES2V/2,65 AL.-CU -/- w języku niemieckim, wraz z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego na język polski.

Istotą sporu w rozpoznawanej kwestii jest odpowiedź na pytanie, czy opis przedmiotu zamówienia dokonany w Załączniku nr 1a do siwz w zakresie wymogu, aby oferowane przez wykonawców kolektory słoneczne charakteryzowały się: minimalną powierzchnią brutto pojedynczego kolektora wynoszącą 2,60 m² oraz maksymalną temperaturą stagnacji kolektora słonecznego wynoszącą 209°C, określony przez Zamawiającego w zacytowanym powyżej kształcie narusza regulacje zawarte w art. 29 ust. 2 w z zw. z art. 7 ust. 1 Pzp ? Zdaniem Izby na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Według art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 22 października 2010 r. o sygn. akt KIO 2189/10). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Przekładając powyższe na stan faktyczny rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że omawianym przypadkiem nie mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Parametr minimalnej powierzchni brutto pojedynczego kolektora na poziomie 2,60 m²

Izba wskazuje, że jeśli chodzi o parametr minimalnej powierzchni brutto pojedynczego kolektora na poziomie 2,60 m² to w toku rozprawy Zamawiający wyjaśniał, że w tym zakresie kluczowym dla Zamawiającego było określenie minimalnej powierzchni czynnej absorbenta pojedynczego kolektora, aby uzyskać określoną wydajność urządzenia, którą ostatecznie ustalono na poziomie 2,40m². Natomiast powierzchni brutto pojedynczego kolektora słonecznego jest jedynie konsekwencją powyższego, gdyż dodatkowo uwzględnia jeszcze minimalną wielkość obudowy kolektora.

Między stronami nie było sporu co do tego, że z punktu widzenia wydajności kolektora słonecznego, jego powierzchnia brutto nie ma znaczenia.

Jednak w tym przypadku, w ocenie Izby, należy wziąć pod uwagę pozostałe okoliczności i uwarunkowania związane z prowadzonym postępowaniem, do których odwoływał się Zamawiający, tj. wymagania związane ze sztywnością i odpornością obudowy kolektora.

Zdaniem Izby za wiarygodne i słuszne należy uznać wyjaśnienia projektanta G. L., który opierając się na opinii dr hab. inż. A. M. prof. nadz. AGH stwierdził, że kolektor jest narażony na działanie warunków atmosferycznych i musi wytrzymać warunki ekstremalne w miejscu montażu, dlatego też mała obudowa może budzić wątpliwości co do trwałości w okresie gwarancyjnym i po nim. Wobec tego nie przewidział w projektach kolektorów o powierzchni brutto mniejszej niż 2,6 m², przy powierzchni netto większej niż 2,4 m².

W tym miejscu warto przywołać treść powołanej powyżej opinii dr hab. inż. A. M. prof. nadz. AGH, w której stwierdzono, że: *"Podstawową funkcją kolektorów słonecznych jest zamiana energii fali elektromagnetycznej promieniowania słonecznego na ciepło. Równocześnie osiągnięcie wymaganej sprawności i wysokiej trwałości oraz bezpieczeństwa działania wymaga zastosowania w kolektorach obudowy o odpowiednich parametrach technicznych. Siły działające na kolektor słoneczny podczas jego eksploatacji pochodzą od oddziaływań termicznych, obciążenia opadami atmosferycznymi oraz obciążenia wiatrem. Siły te mają charakter cyklicznie zmienny i poprzez procesy zmęczeniowe mogą prowadzić do zniszczenia kolektora. Charakteryzują się one zmiennym natężeniem intensywności występowania i często oddziałują synergicznie, a szczególnie w przypadku opadów i wiatru mogą być to bardzo gwałtowne oddziaływania. Istotne znaczenie ma dobór właściwych materiałów, technologii ich przetwarzania oraz konstrukcji obudowy kolektora pod względem odporności na działanie środowiskowych czynników korozyjnych. Wszystkie wymienione wyżej czynniki występują wielokrotnie w okresie wieloletniej eksploatacji kolektora. Z tego względu, aby zapewnić długotrwałe, bezawaryjne działanie kolektora słonecznego, musi on być wyposażony w obudowę o wysokiej sztywności i odporności na działanie czynników atmosferycznych. Oczywistym jest, że większa powierzchnia czynna absorbera wymaga mocniejszej obudowy. Wiatr i sadz działające na większą powierzchnię wywołują większe naprężenia i odkształcenia w elementach kolektora oraz w systemie mocującym. Powyższe uzasadnia stosowanie odpowiednio mocnych i odpowiednio sztywnych obudów, najlepiej na bazie stopów metali lekkich, podnoszących w skutku proporcję powierzchni całkowitej kolektora o powierzchnię absorbera. O randze opisanego powyżej problemu technicznego świadczy aktualny stan wymagań technicznych stawianych kolektorom słonecznym, wynikający z normy PN-EN ISO 9806, obowiązującej od lutego 2014 roku (...) zgodnie z którą kolektor musi być poddany testom wytrzymałościowym przez działanie statycznego obciążenia mechanicznego o dodatniej i ujemnej wartości nacisku jednostkowego wynoszącego min. 2400 Pa. W obowiązującej wcześniej, nieaktualnej już normie EN 12975-2 badania wytrzymałościowe realizowano pod obciążeniem min. 1000 Pa, tj. 2,4 mniejszym. Zaostrzenie wymagań stawianych kolektorom słonecznym w zakresie wytrzymałości mechanicznej wynika zapewne z obserwacji awarii eksploatacyjnych kolektorów słonecznych*

na terenie Europy i ma odniesienie do występujących na terenie Polski warunków klimatycznych”.

Izba wskazuje, że treść a także wnioski płynące z zacytowanej opinii są spójne z treścią pozostałych dowodów, występujących i opisanych w sprawie, m. in. z treścią podręcznika dobrych praktyk na bazie szwajcarskich i polskich doświadczeń w zakresie wykorzystania odnawialnych źródeł energii (str. 44) oraz analizą odkształceń sprężystych korpusów obudowy kolektora w aspekcie właściwości materiału nośnego (MES).

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że rację ma Zamawiający oraz wykonawcy Ensol i FlexiPower, którzy łącznie zgodnie twierdzili, że w ramach prowadzonego postępowania znaczenie dla pojedynczego kolektora słonecznego ma nie tylko minimalna powierzchnia czynna absorbenta ale również powierzchnia brutto, gdyż określenie jej na określonym poziomie stwarza gwarancję tego, że kolektor posiada obudowę odpowiednio sztywną i odporną na działanie czynników atmosferycznych co ma niewątpliwy wpływ na długotrwałe, bezawaryjne działanie kolektora słonecznego.

Podkreślenia także wymaga, że sposób i rodzaj badania wytrzymałościowego opisany w powołanej opinii znajduje odzwierciedlenie w dowodach złożonych przez Odwołującego oraz wykonawcę Ensol w postaci: „Podsumowania wyników testów normy EN12975 – Załącznik do Certyfikatu Solar Keymark” dla produktu firmy ENSOL - ES2v/265S AL- Cu oraz własnego produktu - KS 2550F TP ACRm, a także „Protokołu z badań nr 21228324.001 dla produktu ES2V/2,65 AL.-CU -/-„.

Jednak należy zaznaczyć, że ze złożonych dowodów wynika, że co prawda produkt własny Odwołującego - KS 2550F TP ACRm – został przebadany zgodnie z normą PN-EN ISO 9806 pod obciążeniem 2400 Pa to produkt Ensol został przebadany pod znacznie większym obciążeniem mechanicznym, niż twierdził Odwołujący (1000 Pa), ponieważ było to obciążenie na poziomie 3000 Pa. Tym samym wnioski Odwołującego stawiane w powyższym zakresie należy uznać za błędne.

Poza tym nie sposób pominąć merytorycznej treści tabeli, zawartej w wyjaśnieniach projektanta Pana G. L., w której przedstawiono pięć produktów, pochodzących o trzech firm, które spełniają wymagania Zamawiającego postawione w siwz, w tym między innymi w zakresie powierzchni brutto pojedynczego kolektora słonecznego. W toku rozprawy Zamawiający podkreślał, że ww. katalog jest jedynie przykładowy i nie jest katalogiem zamkniętym, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Wobec tego nie sposób stwierdzić, że na rynku nie funkcjonują lub też funkcjonują jedynie w ograniczonym zakresie, podmioty mogące ubiegać się o zamówienie.

Maksymalna temperatura stagnacji kolektora słonecznego – 209°C

W omawianym zakresie Izba zwraca uwagę, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest nie tylko dostawa urządzeń, takich jak kolektory słoneczne przedmiotem zamówienia jest znacznie szerszy i obejmuje także dostawę i montaż całej instalacji kolektorów słonecznych. W związku z tym przy opisie przedmiotu zamówienia należało uwzględnić okoliczności związane nie tylko z dostawą kolektorów słonecznych ale także pozostałe uwarunkowania związane ze wszystkimi elementami przedmiotu zamówienia, w tym również te dotyczące dostawy i montażu instalacji. Zamawiający dał temu wyraz opisując przedmiot zamówienia, przez wskazanie określonych parametrów dla poszczególnych urządzeń, w tym maksymalną temperaturą stagnacji kolektora słonecznego wynoszącą 209°C.

W ocenie Izby ukształtowanie takiego wymagania jest ściśle powiązane z tym, że kolektor słoneczny będzie musiał współpracować z pozostałymi urządzeniami wchodzącymi w skład instalacji solarnej. W związku z tym oczywistym jest, że określone parametry techniczne kolektora słonecznego muszą być dostosowane do parametrów pozostałych urządzeń tak, aby były wzajemnie kompatybilne, a także prawidłowo funkcjonowały i nie uszkadzały innych produktów i materiałów instalacji solarnej, np. izolacji rurociągów solarnych.

W tym zakresie należy przywołać wyjaśnienia projektanta Pana G. L., który twierdził, że: *„W projektowanych instalacjach solarnych dla w/w zadania, parametr „Temperatura maksymalna stagnacji kolektora słonecznego”, został określony na podstawie minimalnych wymagań odporności temperaturowej izolacji rurociągów solarnych. Temperatura maksymalna izolacji rurociągów, stosowanych w instalacjach solarnych, z którymi zetknąłem się w swojej wieloletniej praktyce, które według mojej wiedzy sprawdzają się najlepiej, zgodnie z danymi technicznymi producentów wynosi 220°C (...). W związku z powyższym oraz z koniecznością zachowania odpowiedniej rezerwy temperatura maksymalna stagnacji kolektora, została określona jako temperatura o 5% niższa od maksymalnej temperatury dla izolacji rurociągów – czyli 209°C. Zwracam uwagę, że temperatura stagnacji kolektora jest temperaturą, którą kolektor osiągnie w bardzo specyficznej sytuacji (brak rozbioru ciepła z kolektora w bardzo słoneczny, bezwietrzny dzień), której prawdopodobieństwo wystąpienia jest niewielkie. Projekt jednak powinien uwzględniać również taką sytuację. Nie zastosowanie się przez wykonawcę zadania do wyżej opisanych założeń, czyli zastosowanie kolektora o temperaturze stagnacji przekraczającej lub bliskiej maksymalnej temperaturze dla izolacji rurociągu solarnego może spowodować degradację temperaturową izolacji rurociągu, a co za tym idzie, trwałą spadkiem właściwości izolacyjnych, co z kolei spowoduje pogorszenie osiągnięć energetycznych instalacji w dalszym okresie użytkowania. (...)*”.

Powyższe wyjaśnienia wprost korelują z informacjami przedstawionym przez firmę Profim s.c. Biuro Projektów w piśmie z dnia 4 lipca 2017 r. w którym stwierdzono, że:

„ – przy doborze materiałów mających bezpośredni styk z kolektorem słonecznym, tj. rurociągi, odpowietrzniki, złączni, uszczelki oraz izolacje, podstawowym parametrem służącym do określania ich parametrów jest temperatura stagnacji kolektora słonecznego,

- w naszej praktyce stosujemy zasadę, że odporność temperaturowa elementów mających bezpośrednią styczność z kolektorem musi być przynajmniej o 5% wyższa od temperatury stagnacji kolektora.

Należy podkreślić, że stagnacja kolektora w warunkach nielaboratoryjnych jest zjawiskiem rzadkim, nie mniej jednak nie można go wykluczyć całkowicie. W takim przypadku zastosowanie elementów instalacji o temperaturze dopuszczalnej niższej niż wynikająca z w/w praktyk może spowodować degradację instalacji”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że ustalenie parametru maksymalnej temperatury stagnacji na poziomie 209°C jest uzasadnione określonymi potrzebami Zamawiającego, związanymi z zapewnieniem prawidłowej współpracy wszystkich urządzeń instalacji solarnej, niepowodującej uszkodzenia lub zniszczenia jej poszczególnych komponentów.

Izba dostrzega w treści omówionych dowodów stwierdzenia, odnoszące się do rzadkości występowania zjawiska stagnacji. Nie mniej jednak Izba stanęła na stanowisku, że w celu wszechstronnego i właściwego zabezpieczenia swoich interesów Zamawiający nie może pomijać tego, iż takie zjawisko potencjalnie może wystąpić, powodując następnie uszkodzenie lub też zniszczenie izolacji rurociągu solarnego. W konsekwencji taka sytuacja może narazić Zamawiającego na poniesienie wymiernych szkód w postaci chociażby konieczności korzystania w ilości ponadprzeciętnej z serwisu.

Powyższe zostało zobrazowane w treści „Opinii Empirycznej” przedstawionej przez FlexiPower, (jako firmy wykonawczej, realizującej inwestycje związane z instalacjami kolektorów słonecznych), w której wskazano, że ww. firma dostrzegła „paraboliczną prawidłowość wzrostu ilości wezwań serwisowych dla przegrzanych instalacji, która następuje wraz ze wzrostem temperatury stagnacji kolektora słonecznego”. Do opinii załączono wykres zależności wezwań serwisowych dotyczących przegrzewów od temperatury stagnacji kolektora T_{stag} .

W związku z tym Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego zasadzającą się na tym, że powyższym parametrem został ustalony dowolnie a także, iż nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego. Analogicznie za chybioną należy uznać także argumentację odwołującą się do tego, że kolektory zaawansowane technologicznie posiadają wyższą temperaturę stagnacji i nie mogą być przedmiotem oferty w ramach prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony przez Zamawiającego z poszanowaniem art. 29 ust. 2 Pzp, ponieważ zapewnia on zachowanie uczciwej konkurencji oraz gwarantuje uzyskanie optymalnego rozwiązania technicznego spełniającego oczekiwania Zamawiającego. Izba wskazuje, że okoliczność związana z tym, że Odwołujący nie dysponuje kolektorem słonecznym, spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji nie oznacza, że postępowanie jest prowadzone w sposób naruszający fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Zgodzić się należy z wykonawcą Ensol, a także powołanym przez niego orzecznictwem Izby, że nie można domagać się od Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w innym sposób, który w przekonaniu wykonawcy byłby dla tego wykonawcy bardziej dogodny, gdyż prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby odpowiadał wszystkim zainteresowanym wykonawcom.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwa konkurencie w ramach prowadzonego postępowania.

2)

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba nie zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty 3.600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego. Jak wynika z § 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 ww.

rozporządzenia warunkiem zasądzenia od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika było złożenie rachunku. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.).

W świetle § 14 ust. 1 ww. rozporządzenia, rachunek potwierdzający dokonanie sprzedaży lub wykonanie usługi zawiera co najmniej:

- 1) imiona i nazwiska (nazwę albo firmę) oraz adresy sprzedawcy i kupującego bądź wykonawcy i odbiorcy usługi;
- 2) datę wystawienia i numer kolejny rachunku;
- 4) określenie rodzaju i ilości towarów lub wykonanych usług oraz ich ceny jednostkowe;
- 5) ogólną sumę należności wyrażoną liczbowo i słownie.

W ocenie Izby dokument, jaki Zamawiający złożył w trakcie rozprawy, nie odpowiadał ww. wymogom. W szczególności z dokumentu tego nie wynikały wprost dane dotyczące numeru kolejnego rachunku jak również brak było podania w treści rachunku ogólnej sumy należności wyrażonej nie tylko liczbowo ale również słownie.

.....