

WYROK
z dnia 7 września 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Zagórskiej 167, 42-800 Tarnowskie Góry (lider) i Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Hagera 14a, 41-800 Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Wojewódzkiej 19, 40-026 Katowice

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Zagórskiej 167, 42-800 Tarnowskie Góry (lider) i Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Hagera 14a, 41-800 Zabrze i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Zagórskiej 167, 42-800 Tarnowskie Góry (lider)

i Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Hagera 14a, 41-800 Zabrze tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Zagórskiej 167, 42-800 Tarnowskie Góry (lider) i Ośrodek Pomiarów i Automatyki Przemysłu Węglowego S.A. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Hagera 14a, 41-800 Zabrze na rzecz Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Wojewódzkiej 19, 40-026 Katowice **3 075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Wojewódzkiej 19, 40-026 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Montaż instalacji solarnej w 27 obiektach GPW S.A. na terenie Województwa Śląskiego*”, zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 czerwca 2011 roku pod numerem 157912.

24 sierpnia 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że odrzucił z postępowania ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) treść złożonej oferty nie odpowiadała treści SIWZ, ponieważ wskazane w ofercie solary nie są równoważne z uwagi na to, że nie mają zdolności opróżniania się glikolu w sytuacji przegrzania się instalacji i wystąpienia wrzenia glikolu.

29 sierpnia 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wskazując, że Zamawiający naruszył:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i wroniego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez błędne zastosowanie tego przepisu i odrzucenie oferty Konsorcjum, mimo że jest ona zgodna z wymogami SIWZ,
- art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty najkorzystniejszej wbrew ustalonym kryteriom oceny ofert.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustalonymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert,

- przyznanie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego jest błędne i narusza postanowienia ustawy w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w związku z czym nie może się ostać. Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał urządzenia wymagane do realizacji zamówienia w rozdziale II SIWZ oraz w Programie Funkcjonalno - Użytkowym stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ. W rozdziale II SIWZ w punkcie 1 przedmiot zamówienia określono bez odniesienia do wymogów co do kolektorów słonecznych, wskazując jedynie, że zaprojektowanie, montaż oraz rozruch instalacji solarnej do pozyskania ciepłej wody użytkowej musi opierać się w części projektowej na założeniach zawartych w Programie Funkcjonalno -Użytkowym, stanowiącym załącznik do SIWZ. Informacja ta została potwierdzona także w punkcie 3 pn. „zakres dokumentacji projektowej”, że „przy opracowaniu dokumentacji projektowej przyjąć należy wielkości wskazane w programie funkcjonalno - użytkowym lub porównywalne, co do sprawności urządzeń oraz uzysku energetycznego, nie mniejsze niż w PFU”. W programie funkcjonalno - użytkowym w zakresie każdego z budynków, na których ma zostać wykonana instalacja wskazano w kolejnych punktach „B” zatytułowanych „cechy dotyczące rozwiązań technicznych”, że na budynkach mają zostać zamontowane kolektory typu KS2000TLP lub równoważne dowolnego producenta. Odwołujący podniósł, że wskazane wyżej informacje są jedynymi, jakie przedstawił Zamawiający do opisu elementu przedmiotu zamówienia, jakim są kolektory słoneczne. Wnioskować z tego należy, że Zamawiający ani w ramach ogłoszenia o wszczęciu postępowania, ani w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy w załącznikach do SIWZ nie określił, jakie wymogi muszą spełnić kolektory słoneczne, aby można było mówić o ich równoważności w stosunku do kolektorów wymienionych z nazwy w dokumencie program funkcjonalno - użytkowy. Na stronie Zamawiającego w miejscu publikacji ogłoszenia o wszczęciu postępowania, Zamawiający umieścił dokument - projekt budowlany dla budynku GPW znajdującego się przy ul. Wojewódzkiej 19. Dokument ten nie stanowi załącznika do SIWZ, ani do ogłoszenia o wszczęciu postępowania, zatem nie sposób traktować znajdujących się w nim informacji jako elementów opisu przedmiotu zamówienia, bowiem zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy opis przedmiotu zamówienia musi być zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże Odwołujący wziął pod uwagę przygotowując dokumentację do postępowania wytyczne

w zakresie elementów dotyczących przedmiotu zamówienia, zawarte w projekcie budowlanym. W punkcie 2.4.1 projektu opisano charakterystykę instalacji solarnej projektowanego systemu, podając między innymi w podpunkcie 1 przyjęte do projektu parametry kolektora słonecznego, takie jak wymiary kolektora, jego powierzchnia, waga, wydajność cieplna znamionowa oraz powierzchnia pochłaniacza. Pod tabelą dotyczącą parametrów wykonano obliczenia zapotrzebowania energii cieplnej dla c.w.u. w budynku, którego dotyczy projekt, co również można przyjąć jako parametr wskazujący wymagania projektu budowlanego co do kolektorów równoważnych.

Kolektory GAK 2.0 zaoferowane przez Odwołującego spełniają wszelkie parametry wymienione w projekcie budowlanym. Jednocześnie mając do dyspozycji dane z projektu budowlanego Wojewódzka odwołujący wykonał niezbędne obliczenia dotyczące zapotrzebowania energii cieplnej c.w.u. dla tego budynku i zaoferował kolektory spełniające wymogi wynikające z wyliczeń. Mając natomiast na względzie odpowiedź na zapytanie nr 63 do SIWZ z dnia 5 lipca 2011 roku i wymóg zastosowania odpowiedniej liczby - 453 kolektorów słonecznych analogicznie zostały dobrane kolektory słoneczne dla pozostałych budynków na których mają zostać zamontowane instalacje solarne. Dokument obrazujący porównanie parametrów kolektora GAK 2.0. oraz kolektora KS2000TLP został załączony do oferty celem wykazania równoważności.

W żadnym miejscu dokumentacji przetargowej Zamawiający nie wypowiedział się na temat obowiązku spełniania przez oferowane kolektory parametru w postaci szczególnego sposobu opróżniania się z glikolu w sytuacji przegrzania się instalacji. Należy wskazać, iż w każdym kolektorze słonecznym występuje taka funkcja, która wynika z istoty całej instalacji. Przez opróżnienie glikolu z kolektora rozumieć należy spuszczenie glikolu do odpowiedniego naczynia. Takie naczynie umieszczone jest poniżej kolektora. Na zasadzie praw fizyki zawsze płyn z wyższego punktu spływa do niższego. Sytuacja przegrzania się glikolu jest sytuacją awaryjną. Urządzenia powinny tak współpracować w całej instalacji aby po ponownym uruchomieniu instalacji układ działał poprawnie. Z tego powodu błąd, który wskazał Zamawiający jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegający na „braku zdolności opróżniania się glikolu w sytuacji przegrzania się instalacji”, dotyczyć mógłby raczej całej instancji i niezgodnej z SIWZ propozycji wykonania projektu, a nie samych kolektorów.

W samej instalacji za opróżnianie glikolu odpowiedzialny jest zespół pompowy. Wskazał to sam Zamawiający, który w projekcie budowlanym w opisie technicznym - str. 7 pkt 2.4.1.2. Zespół pompowo - sterowniczy napisał: „Przepływ czynnika solarnego w instalacji zapewnia zespół pompowy ZPS 28 -01, który wymusza obieg płynu solarnego od kolektorów

słonecznych do węzownicy projektowanych zasobników cw.u. Ponadto dzięki wbudowanym zaworom odcinającym ze złączką do węża w zespole pompowym możliwe jest napełnianie i opróżnianie instalacji z płynu solarnego."Odwołujący w żadnym miejscu oferty nie wskazał, że w ramach wykonania całej instalacji oferuje zastosowanie jakiegokolwiek innej grupy pompowej, niż ZPS 28 - 01, w związku z czym stwierdzić należy, że napełnianie i opróżnianie instalacji z płynu solarnego będzie się odbywało zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, przez co zapewniona jest funkcjonalność systemu opisana przez Zamawiającego.

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostarczonej dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Możliwość opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w przywołanym przepisie ma charakter wyjątkowy. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu "równoważności" oferty .

Urządzenia zaoferowane przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu w pełni odpowiadają wymogom funkcjonalnym przedstawionym w SIWZ przez Zamawiającego, mimo iż z istoty równoważności urządzenia te nie są identyczne z urządzeniami wskazanymi w programie funkcjonalno - użytkowym. Z porównania urządzeń na podstawie parametrów zawartych w projekcie budowlanym dla budynku przy ul. Wojewódzkiej 19 wynika, iż kolektor zaoferowany przez Odwołującego posiada lepsze parametry niż kolektor KS2000TLP.

Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający oceniając oferty winien kierować się postanowieniami własnej SIWZ, nie może odwoływać się do własnych potrzeb czy intencji, których w jej treści nie wyraził, pomijając przy tym postanowienia SIWZ, które sformułował.

W przedmiotowym postępowaniu doszło do sytuacji, w której Zamawiający ocenił ofertę odwołującego nie wskazując, którego parametru określonego w SIWZ nie spełnia oferowane urządzenie. Wskazanie, iż kolektory nie mają możliwości samoopróżniania glikolu jest niezgodne z prawdą, jednak w pierwszej kolejności należy mieć na względzie, że taki parametr nie był żądany przez Zamawiającego do spełnienia przez produkty równoważne do wymienionego z nazwy kolektora. Z tego powodu parametr taki nie powinien być brany

pod uwagę przez Zamawiającego w ramach oceny równoważności zaoferowanych urządzeń.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, bowiem z spośród złożonych ofert oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą patrząc na kryteria oceny ofert. Postępowanie Zamawiającego zgodne z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych prowadzić powinno do wyboru oferty Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 maja 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego – wyciąg ze strony internetowej firmy HEWALEX Kolektory Słoneczne tj. opis Kolektora słonecznego KS2000TLP złożony na okoliczność potwierdzenia równoważności zaoferowanych kolektorów. Izba dopuściła dowody złożone przez Zamawiającego tj.: opinię techniczną dotyczącą parametrów konstrukcyjnych i użytkowych kolektorów słonecznych w słonecznych instalacjach przygotowania ciepłej wody użytkowej, planowanych do realizacji w obiektach Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A.,

przygotowaną przez Krajową Agencję Poszanowania Energii S.A. z siedzibą w Warszawie; opinię techniczną sporządzoną przez pana Wojciech Brewczyńskiego – ProEko Pracownia Projektowa, wyciąg z katalogu technicznego kolektora KS2000TLP; własne opracowanie Zamawiającego sporządzone na 3 stronach; decyzję nr 29/11 zatwierdzającą projekt budowlany pn: „Projekt budowlano-wykonawczy instalacji przygotowania ciepłej wody użytkowej w oparciu o zastosowanie systemu solarnego”, a także wyciąg z projektu budowlanego dla budynku przy ulicy Wojewódzkiej 19 w Katowicach złożone na okoliczność wykazania, że oferta złożona przez Odwołującego z zaoferowanym kolektorem GAK 2.0 jest niezgodna z przedmiotem wymaganym przez Zamawiającego, nie jest równoważna do kolektora typu HS2000TLP, ponieważ zaoferowany przez Odwołującego kolektor nie może samodzielnie opróżniać z kolektora glikolu w przypadku przegrzania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w części VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) – Opis przedmiotu zamówienia w punkcie 3 podał, że *dokumentację należy opracować zgodnie z założeniami Programu Funkcjonalno Użytkowego stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ w oparciu o wizję lokalną, Prawo Budowlane oraz zgodnie z przepisami, wiedzą i sztuką budowlaną.* W Programie Funkcjonalno – Użytkowym stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w części 2 – Część informacyjna, w punkcie 1 – Informacje ogólne w trzecim wersie Zamawiający określił następujące wymaganie: *Dla instalacji solarnej w obiekcie nr 26 w Katowicach przy ulicy Wojewódzkiej zamawiający dysponuje projektem budowlanym oraz pozwoleniem na budowę. Instalacja solarna powinna być zamontowana zgodnie z w/w projektem budowlanym.* W tej samej części w punkcie 3 – Wykaz dokumentów Zamawiający w tirecie trzecim wskazał, na *pozwolenie na budowę wraz z projektem budowlanym na instalację solarną na obiekcie nr 26 w Katowicach przy ulicy Wojewódzkiej 19* znajdując się do wglądu u Zamawiającego.

Uwzględniając stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych na rozprawie oraz uwzględnivszy dowody złożone w sprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że w przypadku opisanv przedmiotu zamówienia przez podanie znaku towarowego, konkretnej nazvy, oznaczenia danego produktu wraz ze wskazaniem, że dopuszczone są produkty równoważne, jednakże przy braku wskazania w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) precyzyjnych wymagań dotyczących konkretnych parametrów, funkcjonalności lub innych oczekiwań Zamawiającego wobec zamawianego przedmiotu zamówienia, to Zamawiający nie ma podstawy do skutecznego odrzucenia oferty z powodu niespełnienia, któregoś z istotnych w ocenie Zamawiającego parametrów potwierdzających równoważność oferty. Takie działanie Zamawiającego prowadziłoby do sformułowania konkretnych wymagań dopiero po otwarciu ofert, co przeczy zasadom udzielania zamówień publicznych i idei prowadzenia postępowania w sposób zapewniający jego przejrzystość, jak też zachowania uczciwej konkurencji. Postępowanie takie byłoby również niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy - *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* Tym samym obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w przypadku dopuszczenia produktów równoważnych do wskazanych za pomocą znaków towarowych, przez podanie cech, parametrów produktów, które pozwolą na dokonanie wykonawcom sporządzenia ofert odpowiadających wymaganiom Zamawiającego. Wypełnienie przez Zamawiającego tego obowiązku pozwala na zapobiegnięcie również arbitralnym i nie mającym oparcia w SIWZ decyzją Zamawiającego dotyczących oceny złożonych ofert. Uprawnienie Zamawiającego wynikające z art. 29 ust 3 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny"* nie może być wypełnione i interpretowane z pominięciem art. 29 ust. 1 ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający dopuścił złożenie ofert dla kolektorów słonecznych KS2000TLP. Ustalone zostało również wtoku rozprawy, że dla obiektu nr 26 tj. siedziby Zamawiającego mieszczącej się

w Katowicach przy ulicy Wojewódzkiej 19 Zamawiający udostępnił wykonawcom na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego projekt budowlany pn: „Projekt budowlano-wykonawczy instalacji przygotowania ciepłej wody użytkowej w oparciu o zastosowanie systemu solarnego” co nie było sporne pomiędzy Stronami postępowania odwoławczego. Mimo wątpliwości Odwołującego podniesionych na etapie postępowania odwoławczego dotyczących możliwości uznania w/w projektu za opis przedmiotu zamówienia, Izba wskazuje, że w takowy zarzut nie był podnoszony przez Odwołującego w odwołaniu a nawet gdyby był podnoszony, zarzut takowy byłby spóźniony. Sama zaś argumentacja Odwołującego, że niedopuszczalne jest posiłkowanie się tymże projektem nie może się ostać, bowiem sam Odwołujący potwierdził zapoznanie się z projektem budowlanym na etapie przygotowywania oferty zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie.

Izba wskazuje, że dookreślenie paramentów poszczególnych równoważnych do wskazanych w SIWZ urządzeń może nastąpić w każdy sposób o ile jest on znany wykonawcom na etapie przed składaniem ofert. Zamawiający dokonał tej czynności przez udostępnienie projektu budowlano – wykonawczego i wskazanie w SIWZ, że instalacja solarna ma być przygotowana z wyżej wymienionym projektem. W opisie technicznym projektu instalacji przygotowania ciepłej wody użytkowej na stronie 6 w punkcie 2.4 – Opis projektowanych rozwiązań zawarta została informacja o tym, że lokalizacja i rozmieszczenie kolektorów słonecznych a także rozprowadzenie przewodów solarnych zostały zawarte odpowiednio na rysunkach 1 i 2, zaś szczegółowy schemat projektowanej instalacji został przedstawiony na rysunku nr 4 do tegoż opracowania. Na stronie 7 dokumentacji w punkcie 2.4.1.1 kolektory słoneczne zostały podane wymiary kolektora słonecznego na podstawie którego został zaprojektowany ciśnieniowy system solarny, które w pełni korelują z projektem i zawartym w nim sposobem rozmieszczenia i lokalizacji kolektorów. Opisując zobrazowane na w/w rysunkach rozmieszczenie i lokalizację kolektorów, zgodną z projektem budowlano – wykonawczym należy wskazać, że kolektory owe montowane są w pozycji pionowej obok siebie, w trzech zespołach, w każdym po pięć sztuk. Taki montaż kolektorów, zgodny z projektem budowlano – wykonawczym jednocześnie gwarantuje spełnianie przez te urządzenia wszystkich istotnych cech tego urządzenia w tym zdolność automatycznego opróżniania się kolektora z glikolu. Zamawiający odpowiedzią na pytanie 58 z dnia 5 lipca 2011 roku wskazał wykonawcom, iż montażu kolektorów należy dokonać *uwzględniając parametry kolektorów oraz ich ilości zawarte w szczegółowym opisie instalacji dla poszczególnych obiektów w PFU*. Istotny dla oceny sprawy jest również dowód złożony przez Zamawiającego a stanowiący własne jego opracowanie zawierające cztery rysunki układów absorbera w tym dwa rysunki układów absorbera, posiadających zdolność

automatycznego opróżniania się płynu (rysunek 1 i 2) i kolejne dwa rysunki nie posiadające zdolności automatycznego opróżniania się płynu (rysunek 3 i 4). Istotnym jest, że pełnomocnik Odwołującego oświadczyła na rozprawie, że kolektor słoneczny zaoferowany przez Odwołującego GAK 2.0 na przedstawionych rysunkach to kolektor o układzie absorbera zamieszczony na rysunku nr 4. Nie było również kwestionowanym przez Strony postępowania, że kolektor słoneczny KS2000TLP wskazany w SIWZ to kolektor o układzie absorbera zamieszczony na rysunku nr 1. Różnica jak widnieje pomiędzy tymi kolektorami słonecznymi to ilość króćców przyłączeniowych i ich umiejscowienie; i tak w kolektorach słonecznych posiadających zdolność automatycznego opróżniania się płynu istnieją cztery króćce po dwa „na górze” i „na dole” kolektora zaś w kolektorach słonecznych nie posiadających zdolności automatycznego opróżniania płynu znajdują się jedynie dwa króćce „u góry” kolektora słonecznego. Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego podniosła, że zaoferowane kolektory słoneczne GAK2.0 zostaną zamontowane nie pionowo a poziomo (zostaną „przewrócone”) czym spełnią wymagania Zamawiającego, jednakże słusznie zaznaczył pełnomocnik Zamawiającego takie działanie będzie niezgodne z projektem budowlanym, z którego jednoznacznie wynika, że kolektory będą montowane pionowo. Odwołujący nie oponował temu twierdzeniu Zamawiającego.

Zamawiający przedstawił Izbie *opinię techniczną dotyczącą parametrów konstrukcyjnych i użytkowych kolektorów słonecznych w słonecznych instalacjach przygotowania ciepłej wody użytkowej, planowanych do realizacji w obiektach Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A.*, przygotowaną przez Krajową Agencję Poszanowania Energii S.A. z siedzibą w Warszawie, z której treści na stronie 3 wynika jednoznacznie, że z *punktu wiedzenia konstrukcji i właściwości użytkowych kolektor typu KS2000TLP oraz kolektor typu GAK 2.0 nie są równoważne*. Istotne dla sprawy jest również to, że Odwołujący odnosząc się do owej opinii nie kwestionował twierdzeń w niej zawartych lecz specyficzność przypadków w opinii zawartych i nieuprawdopodobnionych co do konieczności automatycznego opróżniania kolektora z płynu.

Konieczność wykonania instalacji zgodnie z projektem budowlano – wykonawczym wymagała zaoferowania kolektorów, które będąc montowane pionowo spełniać będą te wszystkie funkcje jakie spełnia kolektor ujęty w projekcie budowlano – wykonawczym w tym automatycznego opróżniania glikolu z kolektora. Podanie przez Zamawiającego w SIWZ kolektora KS2000TLP stanowi o określeniu konstrukcji kolektora płaskiego jako kolektora o układzie równoległym (pojedynczej harfy) z czterema króćcami. W złożonym przez Odwołującego na rozprawie dokumencie stanowiącym wyciąg ze strony internetowej

firmy HEWALEX producenta kolektora słonecznego KS2000TLP jaki wskazał Zamawiający w SIWZ potwierdzone zostało, że kolektor ten posiada absorber typu harfowego oraz cztery króćce przyłączeniowe, natomiast zaoferowany przez Odwołującego kolektor słoneczny GAK2.0 wyposażony jest w absorber typu podwójnej harfy oraz dwa króćce.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Zamawiający dowiódł, że prawidłowo dokonał oferty złożonej przez Odwołującego i wskazał szereg elementów wskazujących, że ocena ta została oparta na elementach dokumentacji jaka była znana Odwołującemu przed dniem składania ofert nie zaś na ustalonych warunkach po otwarciu ofert. Konieczność wykonania zamówienia w zakresie budynku stanowiącego siedzibę Zamawiającego zgodnie z projektem budowlano – wykonawczym, który stanowi niewątpliwie uszczegółowienie wymagań Zamawiającego co do równoważnego zaoferowania kolektorów słonecznych potwierdziła, niezgodność złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego. Odnosząc się do dowodów złożonych przez Zamawiającego tj. wyciągu ze strony internetowej firmy HEWALEX Kolektory Słoneczne Izba uwzględniła ów dowód w zakresie w jakim potwierdza on harfową budowę absorbera oraz wyposażenie w cztery króćce natomiast opinię techniczną sporządzoną przez pana

Wojciecha Brewczyńskiego – ProEko Pracownia Projektowa uznała za nieprzydatną na okoliczność tego postępowania. Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie powinna zostać odrzucona z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że możliwe jest zamontowanie kolektorów słonecznych zgodnie z projektem budowlano – wykonawczym, cze nie uczynił wręcz przyznając, że niezbędna będzie zmiana sposobu rozmieszczenia kolektorów przez ich poziome zainstalowanie. Nie dowodząc tego Odwołujący nie wykazał, że oferta złożona przez niego została odrzucona z postępowania niezgodnie z obowiązującymi przepisami.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

